This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.

1,35

Bd. Mar. 1932

HARVARD LAW LIBRARY

Received NOV 19 1931

Astronomy

Die

Interdicte

des

römischen Rechtes

von

Dr. August Ubbelohde.

[Sonderausgabe von Glück's Pandektencommentar, Serie der Bücher 43 u. 44, Thl. 1 u. 2.]

Zweiter Theil.

Erlangen,
Verlag von Palm & Enke.
(Carl Enke.)
1890.

PROSPEKT.

Im Verlage von **Palm & Enke** in **Erlangen** beginnt soeben zu erscheinen und ist durch jede Buchhandlung zu beziehen:

Zeitschrift

für

Internationales Privat- und Strafrecht

mit besonderer Berücksichti

Rechtshü

Begründet und herausge

von

Ferdinand Böhm

Oberlandesgerichtsrath am kgl. Oberlande

Unter gütiger Mitwirkung angesehenster
schäftsmänner des In- und A

Erscheint in zweimonatlichen Zwischenräu
6—7 Bogen enthaltend (zusammen 40 Boge
Der jährliche Abonnementspreis b

Die Fragen des internationalen Recht
haben heutzutage in Folge der gesteige
Rechtsverkehrs zwischen Einheimischen u
In- und Ausland eine besondere Bede ung
und schwieriger diese Fragen bei den gro
der gegenseitigen Rechtsbeziehungen sich
erheischt die richtige Lösung derselben das
wirken von Theorie und Praxis und die Be
rung dieses Rechtsstoffes in einem dem Geg
gewidmeten Organe. In Deutschland und a
dern deutscher Zunge besteht bisher eine
nicht. Der Gedanke der Begründung einer deutschen Zeitschrift
hat deshalb seitens der berufensten Vertreter der Wissenschaft
und der Praxis einmüthig zustimmende Aufnahme gefunden.

Diese Zeitschrift soll zunächst ein Sammelpunkt sein für wissenschaftliche Arbeiten, vornehmlich aber die Beziehungen

(Fortsetzung 3. Seite des Umschlags.)

Die

Interdicte

des

römischen Rechtes

von

Dr. August Abbelohde.

[Sonderausgabe von Glück's Pandektencommentar, Serie der Bücher 43 u. 44, Thl. 1 u. 2.]

Zweiter Theil.

Erlangen,
Verlag von Palm & Enke.
(Carl Enke.)
1890.

R. 990
LB1

For Tx
U126'

NOV 19 1931
11/19/31

Inhaltsverzeichniß.

Lib. XLIII. Tit. 1. de interdictis sive extraordinariis actionibus, quae pro his competunt.

§. 1838.

Das Verfahren.

I. In iure.

a. bis zum Erlasse des Interdicts. Seite 1—84.

82. Der Erlaß ist unabhängig vom rerum actus l. 9 D. de relig. 11, 7 S. 1 f.; auch an dies nefasti statthaft. Er geschieht an besonderen Sitzungstagen. Cic. pro Caec. 13, 36. Ladung S. 3. Postulare interdictum in formloser Verhandlung; Cic. pro Caec. 31, 91. Festus s. v. possessio S. 3—8. Jusiurandum voluntarium über ein Interdict S. 8 ff. Jusiurandum in iure delatum darüber S. 10 f.

83. Confessio in iure. L. 1 §. 1 D. de tab. exh. 43, 5 und l. 2 §. 8 D. test. quemadm. 29, 3 bezeichnen eine besondere Behandlung S. 11 f.; das regelmäßige Verfahren giebt an l. 6 §. 2 D. de conf. 42, 2. Schmidt, v. Bethmann-Hollweg, Demelius S. 13—20.

84. Fortsetzung. Entwickelung der eignen Ansicht S. 20—24. Gai. IV, 163 S. 24—26. Oratio D. Marci S. 26 ff. Der iussus de restituendo bei actiones arbitrariae S. 28—31.

85. Der Widerspruch des Impetraten S. 31. Denegatio interdicti S. 31—33. Erlaß des Interdicts; die Fassung des Formulars. Cic. pro Tull. 12, 29. pro Caec.

28, 80 S. 33—37. L. 22 §. 4 D. quod vi 43, 24. Cic. pro Caec. 19, 55 sq. S. 37—41.

86. Fassung der interdicta utilia und der Interdicte ohne Edictsmuster S. 41—45. Allgemeine Gründe für die Umänderung eines proponirten Formulares: in integrum restitutio S. 45—47; Stellvertretung S. 47—53.

87. Causae cognitio vor Erlaß des Interdicts S. 53—59.

88. Edere interdictum als endgültiger Antrag des Impetranten auf Erlaß eines Interdicts in bestimmter Fassung S. 59 f., auch interdicere genannt S. 60 f., und in Beziehung auf die Wirkungen oft als gleichbedeutend gebraucht mit reddere interdictum S. 61 f. Die Wirkungen des interdictum redditum sind die nämlichen wie diejenigen der litis contestatio aus einer actio S. 62—65, mit dem Unterschiede, daß der Erlaß eines interdictum prohibitorium regelmäßig für die Erben des Impetranten nur dann wirkt, wenn das Verbot gegenüber dem Impetranten selbst verletzt ist, und gegen die Erben des Impetraten nur dann, wenn der Impetrat selbst das Verbot verletzt hat S. 65. Ausnahmen: das interdictum Ne vis fiat ei, qui legatorum nomine missus est, wirkt für die Erben des Impetranten nur dann, wenn dieser den Eintritt der Bedingung des Legates erlebt; ist dies der Fall, so vererbt die Wirkung activ, obgleich das Verbot gegenüber dem Impetranten nicht verletzt ist S. 66; ebenso vererbt die Wirkung der interdicta de migrando S. 66 f. und Ne vis fiat ei, qui damni infecti missus est, Ne vis fiat aedificanti und Salvianum S. 67 f.; — bei denselben Interdicten vererbt die Wirkung auch passiv, obgleich der Impetrat das Verbot nicht verletzt hat S. 69—72. — Haftung dessen, qui liti se obtulit. L. 13 §. 13. l. 45 D. de H. P. 5, 3. l. 25 D. de R. V. 6, 1 S. 72—78. — Die processualische Consumption durch das interdictum redditum. L. 3 §. 13 D. de hom. lib. exh. 43, 29 S. 78—84.

§. 1838 a.

b. nach Erlaß des Interdictes.

1) Das Sponsionsverfahren.

aa) Die Sponsionen. S. 85—121.

89. Allgemeine Voraussetzungen S. 85—88. Fassung der Sponsionen im allgemeinen; Bedeutung des Ausdrucks „edictum“ in derselben S. 88—94. — Die Fassung im einzelnen war bald ausführlich S. 94 f., bald unbestimmt gehalten, so daß sie nur durch Beziehung auf das interdictum redditum bestimmt wurde S. 95—101. Anwendung der sponsio auf peregrini S. 101 f. — (Frontin. de controversiis agrorum p. 36 v. 13 sqq. Lachm. N. 28 S. 102 f.). Die restipulatio S. 103—105. Bestimmung der summa sponsionis S. 105—108.

90. Zeitpunct des Sponsionsschlusses: der Termin der litiscontestatio in der actio ex sponsione im rerum actus S. 109—115. Paul. IV, 7, 6 S. 115 f. l. 1 pr. i. f. D. uti poss. 43, 17 S. 116. Weigerung der Sponsionsleistung begründet missio in bona S. 116—118; Weigerung des Impetranten, auf die restipulatio sich einzulassen, bewirkt denegatio actionum ex sponsione S. 118.

Zwecks Einleitung des Sponsionsverfahrens war eine neue in ius vocatio des Impetraten erforderlich S. 118—121.

§. 1838 b.

bb) Das agere ex sponsione. S. 121—152.

91. Proceßform der Klagen ex sponsione et restipulatione S. 121. Die zwischen interdictum redditum und rerum actus entstandenen exceptiones wurden der sponsio oder der actio ex sponsione eingefügt, je nachdem die sponsio specialisirt war oder nicht S. 121—123. Die Klagen aus sponsio und aus restipulatio wurden gleichzeitig demselben Geschwornengerichte überwiesen S. 123—126. Dieses besteht bald aus unus iudex, bald aus recupera-

tores; auch die Letzteren werden dem album iudicum selectorum entnommen S. 126 f.

92. Neben der Sponsionsklage findet im Formularverfahren des sachlichen Anspruchs wegen eine zweite Klage statt. Ihre intentio lautet wahrscheinlich auf: Si Aulus Agerius sponsione vicerit. Gai. IV, 165 S. 127—129. Wir nennen sie iudicium secutorium S. 129. — Wo die Passivlegitimation in Besitz oder Innehabung des Streitgegenstandes bestand, hatte der Impetrat vermuthlich cautio iudicatum solvi zu machen S. 129—134.

93. Arbiträre Natur der iudicia secutoria aus gebietenden Interdicten Gai. IV, 165 S. 134 f.; ebenso das Cascellianum aus dem Uti possidetis Gai. IV, 166 a. i. f. 167 S. 136, vielleicht auch der iudicia secutoria aus gewissen anderen prohibitorischen Interdicten S. 136—138. — Die condemnatio war nicht pönal S. 138 f. (Erklärung von l. 7 §. 4 D. quod vi 43, 24 gegen Schmidt und Th. Mommsen S. 139—145); sie lautete auf „quanti ea res est"; und dies bedeutete das Interesse. L. 3 §. 11 D. uti poss. 43, 17. l. 6 D. de vi 43, 16 S. 145—149. Nur beim interdictum de homine libero exhibendo war die condemnatio vermuthlich auf das richterliche Ermessen abgestellt. Das iudicium secutorium wird eventuell gleich mit dem iudicium de sponsione verbunden S. 149. Widerlegung der abweichenden Ansicht Dernburgs für das Uti possidetis S. 149—152.

§. 1838 c.

cc) Das Verfahren aus interdicta duplicia. S. 152—204.

94. Das Uti possidetis nach Gai. IV, 166 -170 S. 152—154. Erforderniß der Mitwirkung jeder Partei bei Vermeidung des interdictum secundarium S. 154 f. Fructus licitatio S. 155 f.; Zeitpunct derselben S. 156 f.; fructuaria stipulatio mit satisdatio S. 157. Cascellianum iudicium S. 157; dasselbe umfaßt auch die Erstattung der gezogenen Früchte S. 157—163.

95. Statt der fructuaria stipulatio electiv das fructuarium iudicium S. 163 f. Der Inhalt des letztern ist von

demjenigen der fructuaria stipulatio verschieden S. 164—177; Widerlegung Schmidts S. 165 f. und Dernburgs S. 166 f. Ermittelung der Abweichung; Widerlegung Rudorffs S. 167—169, Krügers (satisdatio auch für das Cascellianum S. 169—172) und Lenels S. 174—176. — Verjährung des Anspruchs auf die Doppelsponsion S. 177.

96. Verlauf des Verfahrens beim regelmäßigen Ergebnisse des Beweises S. 178 f. Verlauf in abweichenden Fällen 1) wenn keine Partei ihren Besitz bei Erlaß des Interdicts beweiset S. 179—183; 2) wenn jede ihn beweiset. L. 3 pr. D. uti poss. 43, 17. L. 3 §. 5 D. de a. v. a. p. 41, 2 S. 183—196. Widerlegung v. Savignys hinsichtlich dieser Stellen S. 184—187; die Ansichten des Sabinus und des Trebatius über die possessio plurium beziehen sich auf die Fortdauer der condicio usucapiendi des frühern iustus possessor während der Besitzzeit des iniuste ab eo possidens S. 187—191. Der Fall der Concurrenz zwischen iustus possessor und iniuste ab alio possidens in l. 3 pr. cit. S. 191—196. (Die drei Beziehungen, in welchen von einer possessio plurium in solidum geredet werden kann: N. 61 S. 194).

97. Verfahren bei den interdicta secundaria S. 196—201. — Verjährung des Anspruchs auf die Sponsion aus einem solchen S. 201 f.

98. Verfahren bei den übrigen interdicta duplicia S. 202—204.

§. 1838 d.

2) Die arbitraria formula. S. 204—233.

99. Der arbiter braucht nicht aus dem album iudicum selectorum genommen zu werden; deshalb ist das Verfahren vor ihm unabhängig vom rerum actus (extra ordinem i. d. S.) S. 204 f. Hierauf beruht es, daß dasselbe sine poena ist, denn die poena sponsionis ist nicht sowohl auf den Ungehorsam des Impetraten gesetzt, als auf die Verzögerung, welche der ordo iudiciorum mit sich bringt

S. 205—210. — Der Impetrant kann nicht auf Bestellung eines arbiter antragen S. 210—212. Schmidts Beweis hiergegen aus Gai. IV, 175 wird durch die richtige Lesung dieser Stelle sowie von Gai. IV, 163 hinfällig S. 212—214.

100. Bei prohibitorischen Interdicten ist die Erbittung eines arbiter unzulässig S. 214. Kritik der Erklärungsversuche Schmidts S. 215 f., Huschkes S. 216—219 und Puchtas S. 219. Der Grund liegt darin, daß diese Interdicte wesentlich nur ein Verbot bezwecken, ein Ersatzanspruch aus ihnen nur zufällig ist S. 219—223.

101. Widerlegung der Ansichten Huschkes und Kappeynes, wonach das Verfahren per arbitrum gleichzeitig mit den Interdicten entstanden ist; es setzt das agere per formulas voraus S. 223—226. Frühestes Zeugniß Cic. pro Tull. 23, 53 S. 226. Cic. pro Caec. beweiset nicht, daß dieses Verfahren damals für das interdictum de vi armata noch nicht bestand S. 227 f.

Erwähnung dieses Verfahrens im Album? S. 228 f. Val. Probus excerpta Einsidl. nr. 70 (Kr.) S. 229—231. Lex Rubria c. XXII v. 34 sq. S. 231 f.

Die formula arbitraria ist in factum concepta S. 232. Cautionsfreiheit des Impetraten bei diesem Verfahren S. 232 f.

§. 1838 e.

II. In iudicio. S. 233—295.

102. Die actiones aus Interdicten haben die Eigenthümlichkeiten, welche durch die Art der actio und der iudices bestimmt werden. So sind auch in Recuperatorenprocessen aus Interdicten für jede Partei nicht mehr als zehn Zeugen zulässig. Cic. pro Caec. 10, 28 S. 233—235. Untersuchung der Frage, ob nicht der Ursprung der Klage aus einem Interdicte die rechtliche Behandlung dieser Klage in einzelnen Puncten beeinflußt.

1) Der Beweislast wird nicht genügt mittels bloßer Bescheinigung, auch nicht bei den Interdicten von provisorischer Wirkung, nicht einmal beim Quorum bonorum und beim Salvianum S. 236—241.

103. 2) In Beziehung auf das officium iudicis gilt bei Interdicten grundsätzlich eine Abweichung hinsichtlich der fructus, welche erst ex interdicto reddito zu prästiren sind, und hinsichtlich der mora, deren Wirkungen ausgeschlossen bleiben. L. 3 D. h. t. l. 8 §. 4 D. de prec. 43, 26. Eine Ausnahme in beiden Puncten bilden die interdicta Unde vi und Quod vi aut clam, bei denen von Begehung des Delicts an fructus und omne periculum prästirt werden. L. 1 §§. 40 sq. D. de vi 43, 16. l. 1 §§. 35 sq. eod. cf. l. 14 §. 11 D. de furt. 47, 2. l. 8 §. 6 D. de prec. 43, 26. — L. 15 D. de vi 43, 16. Hinsichtlich der praestatio periculi gilt dasselbe beim fraudatorium, während aus der Zeit ante interdictum redditum hier nur diejenigen Früchte zu ersetzen sind, welche zur Zeit der fraudulosen Veräußerung Theile der Hauptsache waren. L. 25 §. 1 D. quae in fraud. cred. 42, 8. — L. 25 cit. §§. 4 sqq. cf. l. 38 §. 4 D. de usur. 22, 1 S. 241—259.

104. Prohibitorische Interdicte verfolgen lediglich Ersatz desjenigen Schadens, welcher infolge der vis adversus edictum facta erwachsen ist S. 259. Wo solche vis nicht vorliegt, muß die Klage aus der Sponsion abgewiesen werden; die in l. 2 §. 18 D. ne quid in loco publ. 43, 8 und l. 15 D. de O. N. N. 39, 1 erwähnten Cautionen setzen Verurtheilung des Impetraten aus der Sponsion voraus S. 260—265. Cautionen sind keineswegs bei allen prohibitorischen Interdicten selbstverständlich. — L. 2 §. 28 D. ne quid in loco publ. 43, 8 S. 266—273.

105. 3) Die Condemnation aus den iudicia secutoria und den arbitrariae actiones geht auf Geld. L. 3 §. 13 D. de hom. lib. exh. 43, 29 S. 273 f. Naturalexecution ist auch bei Popularinterdicten ausgeschlossen S. 274—276. L. 2 §. 17 D. ne quid in loco publ. 43, 8 spricht von polizeilichem Einschreiten der Obrigkeit; l. 7 eod. ist nicht von Naturalexecution zu verstehen S. 276—280. Auch bei Popularinterdicten konnte der Impetrant nicht ermächtigt werden, auf Kosten des ungehorsamen Impetraten das edictswidrige opus wegzuräumen S. 280—283.—

Die Condemnation aus einem Interdicte infamirte nie. L. 13 D. de vi 43, 16 S. 283 f.

106. 4) Die Entscheidung über ein Interdict aus einem Delicte übt auf das concurrirende iudicium publicum grundsätzlich einen rechtlichen Einfluß nicht aus, macht namentlich keine Rechtskraft für dasselbe S. 284. L. un. Cod. quando civilis actio. 9, 31 (= l. un. Cod. Theod. victum civiliter 9, 20) S. 284—287. Nur da hat die Entscheidung eines Civilprocesses für den Strafrichter Rechtskraft, wo jener Proceß über den status einer Partei entscheidet, welcher an sich Voraussetzung des Strafverfahrens ist, oder über das Dasein desjenigen Privatrechts, welches den Gegenstand der strafrechtlich zu verfolgenden Verletzung bildet. Hierher gehört das interdictum Unde vi, sofern es feststellt, daß der Impetrat im Augenblicke der vis nicht Besitzer des streitigen Grundstückes gewesen ist. Cic. pro Caec. 2, 6 sq. 3, 8. 4, 9. cf. l. 3 §. 6 D. de tab. exh. 43, 5. l. 23 §. 9 D. ad leg. Aquil. 9, 2 S. 287—290. Eben jenes Grundsatzes wegen kann ein Interdict dem concurrirenden iudicium publicum vorangehen, soweit in ersterem de re familiari agitur. L. 4 D. de publ. iud. 48, 1. cf. l. 7 §. 1 D. de iniur. 47, 10 S. 290—294. Das Gleiche gilt aber auch von dem interdictum de homine libero exhibendo gegenüber der accusatio ex lege Fabia, weil es nicht auf Strafe geht. L. 1 §. 1. l. 3 pr. D. de hom. lib. exh. 43, 29. Paul. R. S. V, 6, 14 S. 294 f.

§. 1839.

Die Entstehung und die Bedeutung des Interdictenverfahrens. S. 295—385.

107. Die Ansichten Zimmerns, v. Bethmann-Hollwegs, Rudorffs: polizeiliche Natur der Interdicte S. 295—301.

108. Die Ansicht Bekkers: processualische Natur der zum Schutze privater Interessen dienenden Interdicte S. 301—313.

109. Die Ansicht Huschkes: die Interdicte sind executive

Geltendmachungen absoluter factischer Rechte zum Schutze der Bürger im Genusse derselben S. 313—318.

110. Zur Zeit des ausschließlichen Legisactionen-Processes war eine vom ius civile nicht unmittelbar gewährte Rechtshülfe nur mittels eines Interdictes zu erreichen S. 318—327.

111. Nach Huschke geschah die Einkleidung des Rechtsstreits aus dem Interdicte durch multae certatio. Plaut. Poen. V, 5, 55 sq. Cic. de Orat. I, 10, 41. Nach der richtigen Ansicht erfolgte sie durch sponsio und restipulatio S. 328—336.

112. Ungefähre Bestimmung der Zeit, wann das Interdictenverfahren entstanden ist. Cic. pro Caec. 13, 36. 16, 45. 17, 49. pro Tull. 19, 44. de Orat. I, 10, 41 S. 336 f. Plaut. Stich. IV, 4, 14 S. 337. — Lex Cincia S. 338 f. Liv. XXV, 1? S. 339 f. L. 1 §. 29 D. de aq. cott. 43, 20? S. 340 f.

113. Vermuthungen über das Verfahren wegen der Hauptsache. Huschke, Witte, v. Keller S. 342 f.

114. Nach der lex Aebutia konnte der Prätor für Verhältnisse, die nach ius civile schutzlos waren, Rechtsschutz auch durch Ertheilung einer actio gewähren. Gleichwohl sind auch später nicht blos die bereits vorhandenen Interdicte beibehalten, sondern sogar neue aufgestellt worden S. 343 f. Dies erklärt sich aus den eigenthümlichen Vortheilen des Interdictenverfahrens. Diese bestehen bei gebietenden Interdicten darin, daß, wenn der Impetrat die infolge der lex Aebutia aufgestellte formula arbitraria erbittet, die Entscheidung sofort, ohne Aufschub bis zum rerum actus, ergeht, andernfalls die siegreiche Partei die summa sponsionis oder restipulationis gewinnt S. 344—352. Bei prohibitorischen Interdicten hielt die, processualisch unvermeidliche, Gefahr der sponsio in sehr vielen Fällen von dem Zuwiderhandeln zurück S. 352 f.

115. Erklärung der Thatsache, daß ungeachtet der Vortheile des Interdictenverfahrens für die erst nach der lex Aebutia vom Prätor geschützten Verhältnisse meist eine actio aufgestellt worden ist: für die dem ius civile nach-

gebildeten Honorarklagen S. 354 f.; für die prätorischen Pönalklagen S. 355 f.; für die prätorischen Delictsklagen auf einfachen Ersatz S. 356 f. Erklärung für die Concurrenz prätorischer Ersatzklagen mit einem Interdicte S. 357—364. (Paul. V, 6, 2) S. 361—363. Die Interdicte leiden an der Unbequemlichkeit, daß sie nur von magistratus cum imperio ertheilt werden können. Deshalb findet oft auch da eine actio in factum statt, wo aus demselben Verhältnisse in anderen Beziehungen ein Interdict gegeben wird S. 364—367. Erklärung für die actiones de pecunia constituta, ex recepto argentarii, ex recepto nautae etc., funeraria S. 367. Erklärung für die Ertheilung neuer restitutorischer Interdicte nach der lex Aebutia aus dem Bedürfnisse nach Beschleunigung (l. 7 §. 2 D. de damno inf. 39, 2 S. 369 f.), für die Aufstellung neuer prohibitorischer Interdicte aus dem Wunsche, einer befürchteten Störung thunlichst vorzubeugen. L. 9 §. 1 D. eod. l. 15 D. ad exhib. 10, 4 S. 371—379.

116. Exsecutio iure potestatis statt eines Interdicts. L. 1 §§. 1 sq. D. de migr. 43, 32. l. 5 §. 27 D. ut in poss. legat. 36, 4. l. 3 pr. §. 1 D. ne vis fiat ei 43, 4. l. 1 §. 2 D. si ventr. 25, 5 S. 379—381. Jene Hülfe ist kein Ueberbleibsel des ursprünglichen Rechtes (Pernice) S. 381 f.; sie beruht auch nicht auf ius extraordinarium (Schmidt) S. 382—384; soll auch nicht gegen die Gefahr der sponsio ex interdicto schützen (Dernburg) S. 384 f.; sie dient vielmehr dem Bedürfnisse einer noch größern Beschleunigung, als sie das Interdict gewährt S. 385.

§. 1839 a.

Die Natur der durch Interdictenschutz geschaffenen Rechtsverhältnisse. S. 386—405.

117. Abgesehen von den Popularinterdicten entsteht ein subjectives Recht des Impetranten, sobald derjenige Thatbestand vollendet ist, als dessen sichere Rechtsfolge die

Rechtsordnung die Ertheilung eines Interdictes in Aussicht stellt. Die Interdicte sind hiernach nur eine besondere Form der Rechtsverfolgung S. 386—389. L. 52 §. 6 D. de O. et A. 44, 7 stellt nicht die Interdicte in Gegensatz zu anderen obligatorischen Rechtsmitteln; sie redet vom Gegensatz des julianischen edictum perpetuum und der späteren Ergänzungen desselben durch die Jurisdiction S. 389—393. Auch l. 1 §. 3 D. h. t. bezeugt nicht die obligatorische Natur der Interdicte S. 393. — Auch die obligatorischen Interdicte sind keineswegs sämmtlich Delictsklagen S. 393—397. — Die Natur des einzelnen Interdictes bestimmt sich gemäß dem besondern Inhalte des für das geschützte Verhältniß gewährten Anspruchs S. 397. Nichtobligatorisch z. B. das Quorum bonorum S. 397 f., Quod legatorum S. 398, die interdicta retinendae possessionis S. 398—400, die Interdicte zum Schutze einer missio S. 400; obligatorisch die interdicta de migrando und Salvianum S. 400 f.

118. Nicht obligatorisch sind die Interdicte zum Schutze von Familienrechten S. 402 f.

119. Die aus obligatorischen interdicta prohibitoria entstehende obligatio in non faciendo ist sachlich eine durch Verletzung des Verbotes bedingte Obligation auf das Interesse. Das durch ein derartiges Interdict aufgestellte Verbot erlangt verbindliche Kraft erst durch persönliche Wiederholung; diese aber kann der Impetrant beim Vorhandensein der edictsmäßigen Voraussetzungen beanspruchen S. 403 f.

120. Aus allen Popularinterdicten entsteht ein Forderungsrecht des Impetranten, jedoch erst kraft ihrer Erwirkung, und zwar aus gebietenden Interdicten ein unbedingtes, aus verbietenden ein durch die Verletzung des Verbotes bedingtes S. 404 f. Der eigentliche Zweck der Popularinterdicte ist absoluter Schutz der zugrundeliegenden Verhältnisse im Gemeininteresse S. 405.

§. 1840.

Der Untergang des Interdictenverfahrens. S. 405—490.

121. Seit Diocletian wird in alten Interdictenfällen ein Verfahren secundum sententiam interdicti, interdicti exemplo, secundum tenorem, ad instar interdicti bezeugt: in extraordinariis iudiciis interdicta proprie locum non habent; perinde iudicatur sine interdictis, atque si utilis actio ex causa interdicti reddita fuisset S. 405—410. Unzulänglichkeit der Erklärung Schmidts hierfür S. 410—412. Widerlegung der Erklärung v. Bethmann-Hollwegs S. 412—415. (Anm. 11: der Unterschied der iudices privati des Formularprocesses und der iudices pedanei des justinianischen Processes liegt in der verschiedenen Abgrenzung ihrer richterlichen Functionen S. 413 f.) Der Untergang des Interdictenverfahrens erklärt sich aus O. E. Hartmanns Begriffe des ordo iudiciorum und der iudicia extraordinaria S. 415 f.

122. Widerlegung v. Bethmann-Hollwegs, welcher die Fortdauer des Interdictenerlasses bis zum Jahre 428 annimmt S. 416—418. Bedeutung der exceptio non impetratae actionis S. 419—423. L. 1 Cod. Theod. unde vi 4, 22 = l. 1 Cod. Just. si per vim 8, 5 S. 423—425. L. 9 Cod. Theod. de his, quae sub tyr. 15, 14 S. 425 f. Symmach. rel. 28 (= epp. X, 41, alias 48) S. 426—446, 33 (= epp. X, 46 al. 53) S. 440—444, 38 (= epp. X, 51 al. 58) S. 444 f. Widerlegung Kipps. L. 2 und 5 Cod. Theod. unde vi 4, 22 S. 447 f.

123. Beschleunigtes Verfahren der actiones extraordinariae ex causa eines Interdictes S. 448 f. Allgemeine Ausschließung der litis denuntiatio mit ihren Fristen (S. 449): Symmach. rel. 16 (= epp. X, 29 al. 36) S. 449—452. L. 5 Cod. Theod. de denunt. 2, 4 S. 452 f., l. un. eod. utrubi 4, 23 S. 453 f., l. 6 eod. de denunt. 2, 4 S. 454 f. Besondere Beschleunigungsmittel für einzelne Interdicte S. 455—457. Allgemeine Beschleunigung des

Verfahrens bei Justinian. L. 4 Cod. Just. de interd. 8, 1 S. 457—463.

124. Inhalt der Klagen ex causa gebietender Interdicte S. 463—465. Inhalt der Klagen ex causa verbietender Interdicte. Widerlegung Schmidts: die letzteren Klagen setzen die Verletzung eines Verbotes nicht voraus S. 465—467. Sie bezwecken bei Besorgniß eines interdictswidrigen Handelns eine Verbalcaution, welche eine Conventionalstrafe für solches Handeln verspricht; bestellt der Beklagte diese Caution nicht, so wird er auf das Interesse verurtheilt S. 467 f. Daneben umfaßt die Verurtheilung den Ersatz für den Schaden, der durch eine Edictswidrigkeit nach der Klaganstellung erwachsen ist, sowie die Beseitigung einer vom Beklagten vorher veranlaßten Einrichtung, deren Fortdauer edictswidrig ist S. 468 f. Die Klagen ex causa prohibitorischer Interdicte sind keineswegs sämmtlich Delictsklagen. Ohne vorgängige Klagerhebung kann Ersatz für Verletzung des durch ein solches Interdict geschützten Verbotes nicht begehrt werden S. 469—472. §. 1 J. de interd. 4, 15 S. 472 f. Prohibitorische und restitutorische Interdicte für das nämliche Verhältniß S. 474—478; Concurrenz eines prohibitorischen Interdictes mit einer actio in factum auf Schadensersatz. L. 2 pr. §. 17. l. 7 D. ne quid in loco publ. 43, 8 S. 478—482.

125. Die Klagen ex causa doppelseitiger Interdicte. Ihre Klagbitte ging dahin, der Richter möge derjenigen Partei, bei welcher er die Voraussetzungen dafür als erwiesen ansehen werde, unbedingt verbieten, was durch das Interdict gleichmäßig einer jeden Partei für den Fall des Vorhandenseins jener Voraussetzungen verboten worden war S. 482—484. Demnach stand es den Beklagten offen, ohne Widerklage die Verurtheilung des Klägers zu erzielen. Die richterliche Entscheidung war auch hier schon gerechtfertigt bei begründeter Besorgniß vor Verletzung des hinter dem Interdicte stehenden edictsmäßigen Verbotes S. 484. Wegfallen der fructus licitatio beim Uti possidetis S. 485 f. Auch der doppelseitige Besitzstreit ist kein praeiudicium S. 486. Recu-

peratorische Wirkung der Besitzklage; 30jährige Verjährung derselben S. 486. Selbstverständliche Umwandlung der doppelseitigen Klagbitte in eine einseitige, sobald der Beklagte einen Besitzanspruch nicht erhebt. Damit verzichtet derselbe zugleich darauf, die Fehlerhaftigkeit des klägerischen Besitzes zu rügen S. 487.

126. Fortdauer der extraordinaria exsecutio iure potestatis neben einzelnen Klagen ex causa prohibitorischer Interdicte: beide haben wesentlich verschiedenen Zweck und Erfolg S. 487—489.

127. Die Popularinterdicte bestehen als solche fort, d. h. die Klage ex causa interdicti steht jedem Bürger zu S. 489 f.; die Verurtheilung wird nicht nach dem persönlichen Interesse bemessen, sondern wie ehedem S. 490.

§. 1840 a.

Die Klagen ex causa der Interdicte von der Glosse bis zur Gegenwart. S. 491—536.

128. 1) Die Beschleunigung des Verfahrens. — Die Glosse nimmt für das Quorum bonorum summarische, d. h. prima-facie-Cognition an S. 491—493. Bartolus erstreckt dies auf alle possessorischen Interdicte S. 493—495. Daneben steht die Auffassung der summarischen Cognition als eines Verfahrens auf bloße Bescheinigung (Joannes Faxiolus, Durantis, anfangs auch Bartolus) S. 495—497. Widerlegung beider Ansichten S. 497—501. Eine prima-facie-cognitio ist der Civilproceßordnung für das Deutsche Reich unbekannt; ein Erkennen auf bloße Bescheinigung ist nach dem Einführungsgesetze zu ihr §. 16 unter 4 nur statthaft, wo ein Interdict auf eine einstweilige Verfügung abzielt S. 501 f. Damit ist das interdictum de itinere reficiendo unpraktisch S. 502 f.

129. 2) Der Inhalt der Klagen ex causa prohibitorischer Interdicte. — Er geht nach dem Brachylogus S. 503, der Lehre der Glossatoren S. 505 f., dem Speculum iudiciale S. 504—506, Bartolus S. 506, dem Clagspiegel S. 506 auf ein Verbot. Dabei ist es ge-

blieben S. 506; neuere Schriftsteller, z. B. Göschen, scheinen sich jedoch des Unterschiedes der Klage auf Erlaß eines Verbotes und derjenigen auf Schadensersatz wegen einer verbotenen Handlung nicht immer bewußt zu sein S. 507—510. Neben dem Verbote wurde ursprünglich auf cautio de non amplius turbando erkannt S. 510, (die Glosse S. 511, Bartolus S. 511—512, Gaill S. 513). Nach dem jüngsten Reichs-Abschied §. 162 wird jede Uebertretung bei Strafe untersagt S. 513 f.; ähnlich nach der CPO. §. 757 S. 515.— Gemäß der Billigkeit ist jetzt auch Ersatz zu leisten für den vor der Klagerhebung vom Beklagten in bewußter Widerrechtlichkeit verursachten Schaden S. 515—517. — Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich S. 518 f.

130. 3) Das Verhältniß der exsecutio iure potestatis zu den prohibitorischen Interdicten. — Durantis würdigt dasselbe richtig S. 519 f.; ebenso noch Menochius 1571 S. 520 f.; das Gleiche thun die deutschen Praktiker S. 521. Nach CPO. §. 777 ist der Gegensatz gegenstandslos S. 521 f. Der Entwurf beseitigt diejenigen Interdicte selbst, bei denen er bis zur CPO. stattfand S. 522.

131. 4) Die Behandlung der interdicta duplicia. — Seit der Glosse fehlt eine Form des Klagantrags, wonach der aus einem interdictum duplex Klagende ohne förmliche Widerklage verurtheilt werden könnte S. 522 f. Zulässigkeit der Widerklage auf Schutz im gegenwärtigen Besitze wider eine Klage eben darauf; recuperatorische Wirkung des einen beider Ansprüche S. 523—525. Auch dieser ist als remedium retinendae possessionis zu betrachten S. 525 f. Der durch Klage und Widerklage um die iusta possessio gebildete Doppelproceß ist das ausschließliche Anwendungsgebiet der exceptio vitiosae possessionis; diese Einrede ist unstatthaft für denjenigen, der, auf Unterlassung einer Besitzstörung belangt, seinerseits den Besitz nicht beansprucht S. 526—528. Kritik des Entwurfs §§. 819 Abs. 2 und 820 Abs. 2 S. 528 f.

132. 5) Die Handhabung der Popularinterdicte. Die Lehr- und Handbücher stellen bis auf die neuere Zeit diese Interdicte als geltendes Recht dar; ebenso scheinbar die Rechtssprechung bis ans Ende des vorigen Jahrhunderts S. 529 f. Puchta läßt sie in subsidium zu S. 530 f. Bruns formulirt die richtige Ansicht, welche seither zur Geltung gelangt ist S. 531—533. Demnach berücksichtigt die Verurtheilung lediglich das persönliche Interesse des Klägers sowohl hinsichtlich des Schadensersatzes als hinsichtlich der Herstellung des frühern Zustandes und des Verbotes für die Zukunft S. 534. In dieser Anwendung sind die s. g. Popularinterdicte keinesweges Delictsklagen S. 534 f., sondern Klagen aus der zu einem wirklichen Privatrechte gewordenen Befugniß des Einzelnen auf Mitbenutzung der res in publico usu, also aus einem servitutähnlichen Verhältnisse S. 535 f. Dem Entwurfe sind diese Klagen unbekannt S. 536.

Beilage

(zu §. 1840 Ziffer 121 N. 11 S. 413 f.). S. 537—560.

Ueber den iudex pedaneus in den Pandekten.

In l. 38 §. 10 D. de poen. 48, 19 = Paul. V, 28 können unter den iudices pedanei recht wohl auch die iudices privati des Formularprocesses verstanden werden S. 537—540. L. 3 §. 1 D. ne quis eum, qui in ius 2, 7 redet nicht von in ius vocare S. 540—542. In l. 1 §. 6 D. de post. 3, 1 bezieht sich das apud iudices pedaneos postulare auch auf Anträge, welche nach der Litiscontestation gestellt worden sind S. 542—545. In l. 4 D. de tut. dat. 26, 5 ist der iudex pedaneus nichts Anderes als der iudex privatus des Formularprocesses S. 545—554. (Vorkommen von Geschwornen auch bei den durch den princeps geschaffenen Specialpräturen S. 546. Für den praetor tutelaris läßt sich streitige Gerichtsbarkeit nicht nachweisen S. 546 f. Ulpians Werk de omnibus tribunalibus behandelte auch die Gerichtsbarkeit des praetor urbanus S. 547—550. Auch nach den Verordnungen der Kaiser Claudius und Marcus Aurelius war dem

praetor urbanus die Bestellung von tutores nicht gänzlich entzogen S. 550). — L. 11 Cod. de fals. 9, 22 beweiset für den Begriff des iudex pedaneus nichts; sie redet gar nicht von einer Criminalanklage, sondern von einem civiliter requiri. L. 9 eod. spricht nicht von gleichzeitiger civilrechtlicher und strafrechtlicher Cognition S. 554—560.

Quellenverzeichniß S. 561—584.

Berichtigungen und Zusätze S. 585—586.

Lib. XLIII. Tit. 1.

De interdictis sive extraordinariis actionibus, quae pro his competunt.

§. 1838.

Das Verfahren.

I. In iure.

a. bis zum Erlasse des Interdicts.[1])

82. Die wesentliche Eigenthümlichkeit des Interdictenverfahrens gegenüber dem gewöhnlichen Actionenverfahren entsprang erst aus dem Erlasse des Interdictes. Der Inhalt desjenigen dagegen, was diesem Erlasse als rechtliche Einleitung voranging, bot einen erkennbaren Anlaß zu einer Abweichung von letzterm Verfahren nicht; und nach den spärlichen Angaben der Quellen scheint diese Einleitung in der That sich durchaus in dem Rahmen des gewöhnlichen Verfahrens bewegt zu haben.

Selbstverständlich war der Erlaß eines Interdictes als Ausfluß des imperium an die periodische Gerichtsversammlung, den rerum actus, nicht gebunden. Es fehlt aber auch nicht an einem ausdrücklichen Belege dafür, daß ein Interdict jeden Augenblick erwirkt werden konnte.

1) Schmidt a. a. O. S. 218—234.

L. 9 D. de relig. 11, 7 (*Gai.* lib. 19. ad ed. prov.):

Liberum est ei, qui prohibetur mortuum ossave mortui inferre aut ***statim interdicto uti,*** quo prohibetur ei vis fieri, aut alio inferre et ***postea in factum agere,*** per quam consequetur actor, quanti eius interfuerit prohibitum non esse etc.

Hier ist es nicht sowohl der Wortlaut (***statim*** interdicto uti im Gegensatze zu dem ***postea*** in factum agere), welcher die Möglichkeit der ungesäumten Ertheilung des Interdictes bezeugt; [1a]) als vielmehr die Natur der Sache: mit der Todtenbestattung läßt sich nicht beliebig warten; und doch mußte das Interdict als prohibitorisches vor derselben nachgesucht werden. Für die Fälle, in denen dies thatsächlich sich nicht ausführen ließ, war eben deshalb eine actio in factum auf Schadensersatz erforderlich. [1b])

1a) Denn sprachlich ließe sich das statim schon davon verstehen, daß das Interdict vor der Beerdigung nachgesucht wird, die actio in factum erst nach derselben; und in diesem Sinne allein kann es in der Compilation verstanden werden. S. unten §. 1840 Ziffer 126 zu N. 33.

1b) Auf diesen Beleg der Unabhängigkeit des Interdictenerlasses vom rerum actus hat mich eine Notiz O. Hartmanns aufmerksam gemacht. S. auch Schmidt a. a. O. S. 56 f. N. 41. . Bedenken könnte erregen l. 8 §. 5 eod. (Ulp. lib. 25. ad ed.): Ei, qui prohibitus est inferre in eum locum, quo ei ius inferendi esset, in factum actio competit et interdictum, etiamsi non ipse prohibitus sit, sed procurator eius, quia intellectu aliquo ipse prohibitus videtur. Haloander will statt interdictum lesen: interdum; aber würde die Klage nicht stets zustehen, wenn der Procurator des Berechtigten gehindert ist? Ulpian will hier den Unterschied beider Rechtsbehelfe nicht erörtern, und in der That ist ja auch das Interdict anwendbar, wenn die bereits vorgenommene

Auch an dies fasti war die Ertheilung der Interdicte nicht gebunden; sie bildete keine legis actio. In der That enthält keines der uns bekannten Interdictsformulare eines der drei Wörter: do, dico, addico, welche in amtlicher Thätigkeit zu sprechen an dies nefasti dem magistratus populi Romani nefas war.

Nach einer beiläufigen Aeußerung Ciceros

pro Caec. 13, 36: Qui (sc. praetor) dies totos aut vim fieri vetat aut restitui factum iubet —

ist anzunehmen, daß der Prätor besondere Sitzungstage für die Postulation und den Erlaß von Interdicten hielt.[2])

Die Ladung des Gegners vor den Prätor zwecks Empfangnahme eines Interdictes erfolgte ohne Zweifel in der nämlichen Weise, wie die Ladung vor den Prätor in Civilsachen überhaupt, also regelmäßig mittels der in ius vocatio. Wo die Ladung sich nicht bewerkstelligen ließ, und der Gegner indefensus blieb, trat, wie wir schon gesehen haben, missio in bona rei servandae causa ein.[3])

Ist der Gegner persönlich erschienen oder genügend vertreten, so trägt der Kläger sein Gesuch um Ertheilung des von ihm begehrten Interdictes vor, postulat interdictum.[4])

Verhinderung eine dauernde ist, was gewiß sehr häufig der Fall. S. oben §. 1837 Ziffer 63 Thl. 1 S. 371 ff., insbesondere zu N. 80a.

2) Vgl. O. E. Hartmann röm. Gerichtsverfassung S. 228 f.

3) L. 3 §. 14 D. de hom. lib. exh. 43, 29. S. oben §. 1833 Ziffer 3 S. 21.

4) Cic. pro Tull. 23, 53: — si hodie postulem, Quod vi aut clam factum sit etc. ad div. 15, 16: postulabimusque, Ex quae haeresi vi hominibus armatis deiectus sis, in eam restituare. L. 1 i. f. D. de locis et itin. 43, 7: — quolibet postulante de his interdicitur. l. 35 §. 2 D. de proc. 3, 3: Non solum autem si actio

Er hat dabei unter den verschiedenen Interdicten, welche das Edict aufstellt, oder welche sich als utilia bilden lassen, gerade so die freie Auswahl, wie dieselbe dem Kläger unter den verschiedenen actiones zusteht. [5])

Man kann auch diese Bezeichnung des gewünschten Interdictes, welche gleich der entsprechenden Bezeichnung einer actio, für den Kläger noch nicht bindend ist, edere nennen, [6]) wie derselbe Name nicht minder schon auf die

postuletur a procuratore, sed et si praeiudicium vel interdictum etc.

5) So heißt es in Beziehung auf das gewählte interdictum de vi armata bei Cic. pro Caec. 3, 8: Ac si qui mihi hoc iudex recuperatorve dicat: „Potuisti enim leniore actione confligere: potuisti ad tuum ius faciliore et commodiore iudicio pervenire: qua re aut muta actionem aut noli mihi instare, ut iudicem," tamen is aut timidior videatur quam fortem aut cupidior quam sapientem iudicem esse aequum est, si aut mihi praescribat, quem ad modum meum ius persequar, aut ipse id, quod ad se delatum sit, non audeat iudicare. Etenim si praetor is, qui iudicia dat, nunquam petitori praestituit, qua actione illum uti velit, videte, quam iniquum sit, constituta iam re iudicem, quid agi potuerit aut quid possit, non quid actum sit, quaerere. Unter jener lenior actio und jenem facilius et commodius iudicium im Gegensatze zum interdictum de vi armata ist übrigens schwerlich, wie Kappeyne van de Coppello Abh. S. 147 meint, das Uti possidetis, diese magna alea, cuius est executio perplexissima, zu verstehen.

6) Vgl. l. un. Cod. de L. C. 3, 9: (Sever. et Anton. Valenti III. K. Sept. Severo III et Antonino AA. Conss. a°. 202) Res in iudicium deducta non videtur, si tantum postulatio simplex celebrata sit vel actionis species ante iudicium reo cognita. inter litem enim contestatam et editam actionem permultum interest. lis

außergerichtlich dem Gegner gemachte Mittheilung über den Inhalt des beabsichtigten Interdictes paßt. [7]) Wo wir jedoch den Ausdruck „interdictum editum“ in den Quellen finden, da hat derselbe, wie wir alsbald sehen werden, eine prägnantere Bedeutung.

Daß das Gesuch um den Erlaß eines Interdictes und vollends die Gegenerklärung des Impetraten in eine solenne Form habe gekleidet werden müssen, ist m. W. nirgends angedeutet. Namentlich vermag ich dafür keinen Beweis zu finden in *Cic.* pro Caec. 31, 91:

Cur ergo aut in illud cottidianum interdictum „Unde ille me vi deiecit“ additur: „cum ego possiderem“, [7a])

enim tunc videtur contestata, cum iudex per narrationem negotii causam audire coeperit. l. 3 Cod. de ed. 2, 1: (Jid. eid. eod. die) Edita actio speciem futurae litis demonstrat, quam emendari vel mutari licet, prout edicti perpetui monet auctoritas vel ius reddentis decernit aequitas. L. 33 D. de iud. 5, 1: (Modestin. lib. 3. regul.) Non videtur in iudicem (d. i.: den Jurisdictionsmagistrat) consensisse, qui edi sibi genus apud eundem iudicem desiderat actionis.

7) Vgl. l. 1 pr. §. 1 D. de ed. 2, 13: (Ulp. lib. 4. ad ed.) Qua quisque actione agere volet, eam edere debet: nam aequissimum videtur, eum, qui acturus est, edere actionem, ut proinde sciat reus, utrum cedere an contendere ultra debeat, et, si contendendum putat, veniat instructus ad agendum cognita actione, qua conveniatur. §. 1: Edere est etiam copiam describendi facere: vel in libello complecti et dare: vel dictare . eum quoque edere Labeo ait, qui producat adversarium suum ad album et demonstret, quod dictaturus est, vel id dicendo, [indicando *scr.* M.], quo uti velit.

7a) Mit Recht bemerkt Wlassak römische Proceßgesetze 1. Abth. S. 74 N. 1: „Es ist sicher eine ungenaue Ausdrucksweise, wenn Cicero a. a. O. das unde ille me vi deicit, d. h. den Interdictsinhalt vom Standpunct

si deici nemo potest, qui non possidet, aut in hoc interdictum de hominibus armatis non additur, si oportet quaeri, possederit necne?

Wenn Bekker [7aa]) meint, der Formalismus des ältern römischen Processes habe als Grund und Anlaß des solennen Ausspruchs des Prätors ebenso solenne Erklärungen der Parteien erheischt, so gilt das ausschließlich für die Legisactionen, für welche jener Formalismus seine bekannte geschichtliche Entstehung hat. [7b]) Zu den Legisactionen aber stellt die, freilich mehrfach verderbte, Stelle des Festus s. v. Possessio (Mueller p. 233):

Possessio est, ut definit *Gallus Aelius*, usus quidam agri aut aedifici, non ipse fundus aut ager; non enim possessio est [*e*] rebus, quae tangi possunt; [*neque*] qui dicit se possidere, his vere [*is suam rem Huschke*] potest dicere. Itaque in legitimis actionibus nemo ex his qui [*ex iure Quiritium Huschke*] possessionem suam vocare audet, sed ad interdictum venit, ut praetor his verbis utatur: „Uti nunc possidetis eum fundum, q. d. a., quod nec vi nec clam nec precario alter ab altero possidetis, ita possideatis, adversus ea vim fieri veto.“

der Partei aus formulirt, selbst wieder als interdictum bezeichnet.“ Aehnlich schon Karlowa der römische Civilprozeß zur Zeit der Legisactionen S. 381 N. 4.

7aa) Zeitschrift für Rechtsgesch. Bd. 5 S. 351 f. und Aktionen Bd. 2 S. 56 zu N. 8.

7b) L. 2 §. 6 D. de O. J. 2, 1: (Pompon. lib. singul. enchiridii) Deinde ex his legibus [sc. duodecim tabularum] eodem tempore fere actiones compositae sunt, quibus inter se homines disceptarent: quas actiones ne populus prout vellet institueret, certas solemnesque esse voluerunt: et appellatur haec pars iuris legis actiones, id est legitimae actiones.

nach richtiger Auffassung die Interdicte in geraden Gegensatz, [7bb]) statt sie, wie Bekker behauptet, zu den „legitimae actiones“ zu zählen. In der That beweiset ja schon die spätere Umgestaltung des hier mitgetheilten Uti possidetis, daß die Interdicte durchaus nicht immutabiles proinde atque leges observabantur, während eben diese Unveränderlichkeit die bezeichnende Eigenthümlichkeit der legis actiones ausmachte. [7c]) Und wie hätte ein Römer daran denken können, die Fassung der Interdicte, die doch im Edicte proponirt waren, auf leges zurückzuführen, oder gar, trotz der Unmöglichkeit dies zu thun, jene Rechtsbehelfe als legitimae actiones bezeichnen sollen?

Die Thatsache, daß das Interdict selbst eine mehr oder minder feststehende Fassung besaß, erklärt sich höchst natürlich schon aus der Gewöhnung der Römer an sorgfältigen Ausdruck, der, für ein bestimmtes Verhältniß einmal treffend gewählt, in jedem Wiederholungsfalle sich von selbst zur Nachachtung darbot; seit der Aufstellung der Interdicte im Edicte aber erscheint sie bereits vor der lex Cornelia v. J. 687 d. St. als nahezu nothwendig. Für die Form des Gesuches jedoch ist daraus schlechterdings nichts zu folgern.

7bb) Die nähere Erläuterung der Stelle muß dem Commentar zu Buch 43 Tit. 17 vorbehalten bleiben. Vgl. einstweilen Karlowa und Wlassak a. a. O.

7c) Gai. IV, 11: Actiones, quas in usu veteres habuerunt, legis actiones appellabantur, vel ideo, quod legibus proditae erant (quippe tunc edicta praetoris, quibus conplures actiones introductae sunt, nondum in usu habebantur), vel ideo, quia ipsarum legum verbis accommodatae erant et ideo immutabiles proinde atque leges observabantur etc. Cic. pro Mur. 12, 26: Praetor interea, ne pulchrum se ac beatum putaret, atque aliquid ipse sua sponte loqueretur, ei quoque carmen compositum est etc.

Eine thatsächliche Begründung des Gesuches war hier sicherlich grundsätzlich ebenso wenig nothwendig, wie bei dem Gesuche um eine actio. Aber wie die postulatio einer actio in factum concepta selbstverständlich die Behauptung enthielt, es liege der in deren intentio ausgesprochene Thatbestand vor, so enthielt die Bitte um ein bestimmtes Interdict die Behauptung desjenigen Thatbestandes, an welchen laut der formula interdicti sich der prätorische Befehl knüpfte. Solche Thatsachen dagegen, welche in diesem Thatbestande nicht bezeichnet sind, brauchten auch bei der postulatio interdicti nicht angegeben zu werden, z. B. beim Uti possidetis nicht die besondere Art des Besitzerwerbes, beim interdictum de itinere privato reficiendo nicht der Entstehungsgrund des ius itineris u. s. w. Noch weniger gehörte es bei dem Gesuche um ein prohibitorisches Interdict zu den rechtlichen Obliegenheiten des Impetranten, den Prätor über den thatsächlichen Anlaß jenes Gesuches zu belehren, welchen etwa der Gegner durch Drohungen gegeben hatte. Demnach kann die Darstellung des Theophilus[8]) von der Bitte um das Uti possidetis höchstens gelten als Schilderung eines Vortrages, wie er wohl im Leben vorkam, keinesweges aber als scharfe Angabe des dabei rechtlich Erheblichen.

Wie bei anderen klagweis verfolgbaren Ansprüchen ließ das Edict auch bei dem durch ein Interdict geschützten Anspruche einen außergerichtlich über denselben dem Gegner angetragenen Eid mit der Wirkung zu, daß das Interdict

8) Ad §. 1 D. de interd. 4, 15: — *ἠπείλει τις ἐπιέναι καὶ τὴν οὖσαν παρ' ἐμοὶ διαταῤῥάττειν νομήν· προσῆλθον ἐγὼ τῷ πραίτωρι, τὴν τοῦ ἀντιδίκου διηγούμενος ἀπειλήν, εἶπον δὲ ἐμαυτὸν ἀνεπιλήπλως νέμεσθαι· καὶ ἀπεφήνατο ὁ πραίτωρ οὕτως λέγων,* Sine vitio possidenti vim fieri veto.

über den abgeschworenen Anspruch denegirt, oder, falls die Abschwörung selbst bestritten war, nur mit einer exceptio iurisiurandi erlassen wurde. [9])

L. 3 §. 1 D. de iureiur. 12, 2:

(*Ulp.* lib. 22. ad ed.) Quacumque autem actione quis conveniatur, si iuraverit, proficiet ei iusiurandum, sive in personam sive in rem sive in factum sive poenali actione vel quavis alia agatur sive de interdicto. [10])

Bei Popularinterdicten wirkte das iusiurandum voluntarium des Impetraten in dieser Weise auch gegenüber dritten Personen, welche gegen ihn ein solches Interdict gebrauchen wollten. Doch wurde die befreiende Wirkung des Eides beseitigt durch den Nachweis der Collusion zwischen Deferenten und Schwörendem.

Arg. l. 30 §. 3 D. de iureiur. 12, 2:

(*Paul.* lib. 18. ad ed.) In popularibus actionibus iusiurandum exactum ita demum adversus alios proderit, si bona fide exactum fuerit: nam et si quis egerit, ita demum consumit publicam actionem, si non per collusionem actum sit.

Umgekehrt werden wir auch anzunehmen haben, daß demjenigen, der sich durch den ihm angetragenen Eid einen Interdictenanspruch zugeschworen hatte, eine actio in factum gegeben wurde. [11])

9) L. 3 pr. l. 7—l. 9 pr. D. de iureiur. 12, 2. Lenel ed. perp. §. 54.

10) Die Beziehung dieser Stelle auf das iusiurandum in iure delatum (Schmidt a. a. O. S. 220 unter I a. E.) widerlegt sich durch die Inscription. Lenel a. a. O. S. 116 N. 4. Vgl. übrigens auch Schmidt a. a. O. S. 225 N. 10.

11) L. 9 cit. §§. 1—3. l. 28 §. 10. l. 29. l. 30 pr. D. eod.

Der Ableistung des Eides stand in beiden Fällen der Verzicht des Gegners auf dieselbe gleich.[12])

Infolge der Ausdehnung, welche die römische Jurisprudenz einem andern, ursprünglich auf pecunia certa credita beschränkten, Edicte[12a]) gegeben hat,[13]) ist ohne Zweifel auch demjenigen, welcher einen mittels eines Interdicts verfolgbaren Anspruch erhob, die Befugniß eingeräumt worden, den Eid über diesen Anspruch dem Gegner in iure mit der Wirkung anzutragen, daß der Letztere, wenn er es nicht etwa vorzog, den Anspruch sofort zu erfüllen, jenen Eid entweder ausschwören oder zurückschieben mußte:[14]) sonst galt er als jemand, „qui non uti oportet se defendit.“[15]) Da es sich jedoch hier stets um ein incertum handelte, so wurde der Impetrat nicht etwa, wie der de pecunia certa Belangte in gleichem Falle,[16]) als iudicatus behandelt, vielleicht mit der Maßgabe, daß zwecks der Zwangsvollstreckung in das Vermögen noch ein arbitrium liti

§. 11 J. de act. 4, 6. Vgl. wegen der Formulirung dieser Klage Lenel a. a. O. §. 54 a. E.

12) L. 5 §. 4. l. 6. l. 9 §. 1 D. eod.

12a) Vgl. Lenel a. a. O. §. 95 S. 188 f. unter 3 zu N. 1.

13) L. 34 pr. D. eod.: (Ulp. lib. 26. ad ed.) Jusiurandum et ad pecunias et ad omnes res locum habet: etiam de operis iusiurandum deferri potest etc.

14) L. 34 §. 6 D. eod. l. 9 Cod. de R. Cr. 4, 1. Auch hier galt übrigens der Erlaß des angenommenen Eides seitens des Gegners der Ausschwörung gleich. l. 37 D. iureiur. 12, 2 (Ulp. lib. 33. ad ed.).

15) Vgl. l. 34 cit. §. 3: Procurator non compellitur iurare, nec defensor, et ita Julianus scribit libro decimo digestorum, defensorem iurare non compelli sufficereque ad plenam defensionem, si paratus sit iudicium suscipere.

16) Lex Rubria c. 21. Demelius die Confessio im römischen Civilproceß u. s. w. §§. 9 und 10.

aestimandae stattfand;[17]) es trat vielmehr missio in bona ein.[18])

83. Möglicherweise räumt der Impetrat den ganzen Thatbestand, welcher die edictsmäßige Voraussetzung des Interdicts bildet, oder den Anspruch, welchen der Impetrant mittels des Interdicts verfolgen will, vorbehaltslos, namentlich also auch ohne Exceptionen einzuwenden, vor Erlaß des begehrten Interdictes in iure ein.

Das interdictum de tabulis exhibendis wurde laut zwei Stellen Ulpians in diesem Falle nicht erlassen.

L. 1 §. 1 D. de tab. exh. 43, 5:
(*Ulp.* lib. 68. ad ed.) Si quis forte confiteatur, penes se esse testamentum, iubendus est exhibere, et tempus ei dandum est, ut exhibeat, si non potest in praesentiarum exhibere. sed si neget, se exhibere posse vel oportere, interdictum hoc competit.

L. 2 §. 8 D. testam. quemadm. aper. 29, 3:
(Id. lib. 50. ad ed.) Si quis non negans, apud se tabulas esse, non patiatur inspici et describi, omnimodo ad hoc compelletur: si tamen neget, penes se tabulas esse, dicendum est, ad interdictum rem mitti [remitti *scr. Ruckerus* sec. M.], quod est de tabulis exhibendis.

In den hier erwähnten Maßregeln, den confessus zur Vorweisung der Testamentsurkunde zu nöthigen, hat man jedoch gewiß mit Recht magistratische Zwangsmittel erkannt, deren Anwendung wahrscheinlich auf das inter-

17) Insbesondere ist nicht hierauf zu beziehen l. 34 cit. §. 9: diese Stelle handelt von dem iusiurandum in iudicio delatum. Lenel a. a. O. S. 189 N. 4.

18) Lenel a. a. O. N. 5. Vgl. Demelius a. a. O. §. 11 und §. 15. S. auch unten den Context in Ziffer 84 nach N. 32.

dictum de tabulis exhibendis beschränkt blieb [19]) oder doch erst gegen Ende der classischen Zeit umfassender wurde. [20]) Uebrigens dürfte kein Grund vorliegen, jenen Zwang als unmittelbaren, d. h. als ein Wegnehmen manu militari zu denken; [21]) dieses wäre ohne Zweifel ausdrücklich erwähnt worden: omnimodo compellere läßt sich recht wohl in Beschränkung auf pignoris capio und multae dictio verstehen. [22])

19) So Schmidt a. a. O. S. 222 und S. 223 zu N. 7.

20) So v. Bethmann-Hollweg röm. Civilpr. Bd. 2 S. 359 zu N. 77. Vgl. unten zu N. 25.

21) Wie die genannten Schriftsteller dies thun. Dagegen auch Pfersche Interdicte S. 122 zu N. 1.

22) Vgl. l. 3 Cod. de susp. tut. 5, 43: (Alexander 229) Praeses provinciae tutores filiorum tuorum strictioribus remediis adhibitis omnimodo administrationis officium compellat agnoscere. quod si in eadem contumacia perseveraverint, suspectos postulare, ut alii in locum eorum petantur, non prohiberis. S. O. E. Hartmann röm. Gerichtsverfassung S. 514 und S. 516. — Nicht ganz deutlich ist mir die Ansicht von Demelius a. a. O. S. 164 N. 1 (s. unten zu N. 27). — Pfersche a. a. O. S. 120 ff. bezieht l. 1 §. 1 und l. 1 §. 8 citt. nicht auf das interdictum de tabulis exhibendis, sondern auf ein von ihm angenommenes, dem Interdicte vorangehendes, Exhibitionsdecret, welches, wie er meint, im reinen Cognitionsverfahren „außerhalb des ordo iudiciorum" erledigt worden wäre. Das Interdict hätte nach ihm erst stattgefunden bei Nichtbefolgung jenes Decretes. Es ist schwer zu verstehen, wie der Prätor dazu gekommen wäre, bei Erfolglosigkeit jenes Decretes den ungehorsamen Inhaber der Testamentsurkunde durch das Interdict nochmals zur Exhibition aufzufordern. Die Ersatzklage gegen den Argentarius, welcher der prätorischen Aufforderung zur Edition seiner Bücher nicht nachgekommen ist (l. 8 §. 1 D. de ed. 2, 13), bietet keine Analogie: sie ist eben eine einfache Ersatzklage, enthält nicht die nochmalige Aufforderung der Exhibition.

Ueber das regelmäßige Verfahren gegen den confessus in iure bei Interdicten besitzen wir eine andere Stelle Ulpians, welche nicht nur ganz allgemein redet, sondern ausdrücklich Geltung für Interdicte aller Art beansprucht. Es ist dies l. 6 §. 2 D. de confess. 42, 2:

(*Ulp.* lib. 5. de omn. tribunal.) Sed et si fundum vindicem meum esse, tuque confessus sis, perinde habeberis, atque si dominii mei fundum esse pronuntiatum esset. et si alia quacumque actione civili vel honoraria vel interdicto exhibitorio vel restitutorio vel prohibitorio dum quis convenitur, confiteatur, dici potest, in his omnibus subsequi praetorem voluntatem orationis Divi *Marci* debere, et omne omnino, quod quis confessus est, pro iudicato habere. dabitur igitur ex his actionibus, ex quibus dies datur ad restituandam rem, confesso tempus ad restitutionem, et si non restituatur, lis aestimabitur.

Hiernach nimmt Schmidt[23]) an, der Magistrat habe bei einem restitutorischen Interdicte, mindestens seit der in vorstehender Stelle erwähnten oratio Divi *Marci*, zunächst dem confessus den unumwundenen Befehl ertheilt, die Restitution in bestimmter Frist zu bewerkstelligen; und falls jenem Befehle nicht Genüge geschehen, sei das Object gemäß den Regeln des Formularprocesses mittels einer s. g. confessoria actio nach Geld geschätzt worden. Beim interdictum Unde vi z. B. habe jener Restitutionsbefehl etwa gelautet:

Quod tu illum ex fundo, q. d. a., vi deiecisse confessus es, eo illum quaeque ille tunc ibi habuit restituas;

und die confessoria actio:

Quod N^us^ N^us^ A^m^ A^m^ de fundo, q. d. a., vi deie-

23) A. a. O. S. 220 ff.

cisse confessus est, quanti ea res est, tantam pecuniam Nm Nm Ao Ao condemna.

Die gleiche Behandlung sei, abgesehen vom interdictum de tabulis exhibendis, auch für die exhibitorischen Interdicte eingetreten.

Bei den prohibitorischen Interdicten dagegen habe, ungeachtet des in l. 6 §. 2 cit. auch für sie ausgesprochenen Satzes: omne omnino, quod quis confessus est, pro iudicato habere, durch ein solches Zugeständniß, und wäre es noch so ausgedehnt, das Interdict selber niemals überflüssig werden können; denn es stehe ein, auf diese Thatsachen gegründetes, Verbot künftiger Handlungen in Frage. Nur die Folge habe eintreten können, daß das im Edicte bedingt formulirte Verbot als unbedingtes erlassen worden sei, z. B.:

Quod arborem ex aedibus tuis in aedes illius impendere, et per te stare, quo minus eam ademeris, confessus es, quo minus illi eam arborem adimere lignaque sibi habere liceat, vim fieri veto.

Vor der oratio Divi *Marci* sei der Satz: confessus in iure pro iudicato est wahrscheinlich auf aeris confessi beschränkt gewesen, demnach durch confessio in iure der Interdictenbefehl selten oder niemals unnöthig gemacht worden.

Auch v. Bethmann-Hollweg[24]) erkennt an, daß, von gewissen Ausnahmen abgesehen, bis zur oratio Divi *Marci* allgemein, und so namentlich auch bei Interdicten,[24a]) die confessio in iure unverbindlich gewesen sei, der Beklagte also ungeachtet seiner confessio auf das der Klage entsprechende iudicium habe provociren können. Habe er jedoch weder dies gethan, noch den Kläger befriedigt, so

24) A. a. O. S. 542 ff.
24a) Das. S. 543 N. 16.

habe er pro damnato gegolten; und nunmehr sei vom Magistrate die Execution durch duci iubere oder missio in bona verfügt worden. Jene oratio aber habe dem Grundsatze confessum pro iudicato haberi die weiteste Ausdehnung gegeben. Zwar in dem Sinne, daß sofortige Execution eintrete, sei auch jetzt nur derjenige dem Verurtheilten gleich gewesen, der eine bestimmte Geldschuld vor Gericht eingestanden habe. In anderen Fällen habe der confessus zunächst aufgefordert werden müssen, sich zur Zahlung eines bestimmten, den Kläger befriedigenden, Interesse zu verstehen. Sei dies nicht zu erreichen gewesen, so sei der zugestandene Grund der Klage als feststehend behandelt worden, und falls nicht der Beklagte sofort oder innerhalb einer ihm gesetzten Frist das ursprüngliche Object der Klage geleistet habe, sei ein iudex, nicht mit der Untersuchung, sondern mit der Schätzung der Sache beauftragt worden. Bei Interdicten schildert der genannte Schriftsteller anscheinend für die Zeit nach der oratio oder doch zugleich für dieselbe, im einzelnen mir nicht völlig durchsichtig, den Verlauf so.[24b]) „Räumt Beklagter alles ein (confessio in iure), d. h. bekennt er, zur Restitution oder Exhibition verpflichtet, oder nicht berechtigt zu sein, den Kläger in der Ausübung seines Rechtes zu behindern, so liegt kein Streit (controversia) vor, zu dessen Erledigung der Prätor ein Interdict erlassen könnte. Die faktischen Schwierigkeiten aber, die der Beklagte etwa dennoch macht, zu überwinden, ist Sache des prätorischen Imperiums. Da der Beklagte auch hier eine unzweifelhafte Pflicht jedes guten Bürgers nicht erfüllt (indefensus), so kann es gegen ihn zur Personalhaft, missio in bona und bonorum venditio kommen.[24c]) Doch

24b) A. a. O. S. 358 f.
24c) Als Beleg hierfür wird S. 359 N. 74 angeführt lex Rubria c. 22.

war der Prätor befugt, ihm zur Exhibition oder Restitution noch eine Frist zu gewähren,[24d]) durch Auferlegung einer Caution diese Leistung oder die ungestörte Ausübung seines Rechts dem Kläger zu sichern, oder jene sofort direct zu erzwingen, was zu Ende der Periode des Formularverfahrens das Gewöhnliche gewesen zu sein scheint."[25]) Daß Schmidt auch diesen Restitutions- und Exhibitionsbefehl für ein, nur unbedingt gefaßtes, Interdict erkläre, entbehre, wie die von ihm zugelassene actio aestimatoria der quellenmäßigen Begründung.[25a])

Der im letzten Satze ausgesprochenen Verwerfung des von Schmidt angenommenen unbedingten Restitutions- bezw. Exhibitionsbefehles tritt Demelius[26]) bei. „Ein solcher", sagt er mit Recht, „scheint uns ebenso wenig erforderlich zu sein, als gegen den incerti confessus einer actio gegenüber. Jedenfalls würde jener unbedingte Befehl nicht die Natur eines Interdicts tragen, auf welches sich wiederum das specifische Verfahren des Interdictenprocesses gründen könnte, sondern er erschiene als directes compellere

24d) Hierfür wird das. N. 75 angeführt l. 1 §. 1 D. de tab. exh. 43, 5 (s. oben S. 11) unter Hinweis auf l. 6 §. 2 D. de confessis 42, 2. — S. auch das. S. 548 f. N. 42.

25) Hierfür werden l. 2 §. 8 D. test. quemadm. ap. 29, 3 und l. 1 §. 1 D. de tab. exh. 43, 5 citt. angezogen. S. oben zu N. 20.

25a) A. a. O. S. 359 N. 77 a. E. Wie sich zu dieser Verwerfung der aestimatoria actio die Bemerkung a. a. O. S. 549 N. 42 a. E. verhält: „Die Ertheilung der Formula, die Bestellung eines iudex rei aestimandae causa hinter si non restituatur (in l. 6 §. 2 cit. D. de confess. 42, 2) haben die Compilatoren gestrichen", — das wüßte ich freilich nicht zu sagen.

26) A. a. O. S. 164 N. 1.

ad satisfaciendum. Als solches ist er auch in den von Schmidt angezogenen Stellen [27]) hingestellt."

Demelius selbst meint, die durch diese Stellen bewiesene Thatsache, daß es gegen den confessus nicht zum Erlasse des Interdicts komme, sei nicht mit Schmidt erst als Folge der oratio Divi *Marci* zu betrachten, sei vielmehr aus der Beschaffenheit des Interdictenverfahrens folgendes, also von vornherein geltendes Recht. Das Erlassen eines bedingten Befehles und ein, für den alten Interdictenproceß bekanntlich wesentlicher, Sponsionenstreit darüber, ob die Bedingungen wirklich vorlägen, habe doch nur da Sinn und Bedeutung gehabt, wo Streit über das als Voraussetzung des prätorischen Eingreifens Geltende bestand. Mehr als die Rechtsfrage, welche im Falle der confessio klar lag, habe durch Sponsionen und die daraus erwachsenden Condictionen doch nicht entschieden werden sollen; zur Einforderung des Vermögensinteresse des actor habe jedenfalls ein besonderes auf sponsione vicisse gegründetes, auf quanti ea res gerichtetes iudicium gegeben werden müssen. Warum also nicht auch gegen den confessus, der den Satisfactionsbefehl nicht befolgte, sofort ein derartiges iudicium? Man habe den confessus, der sich mit dem Gegner nur über die Höhe des zu Leistenden nicht einigen konnte, doch billigerweise nicht als einen dem prätorischen Befehle Ungehorsamen behandeln und um die Sponsionssumme bringen wollen.

Die actio, welche hiernach auf quanti ea res gegen den confessus zu geben gewesen, dürfe vor der oratio Divi *Marci* nicht gedacht werden nach Art einer confessoria actio. Denn aus l. 6 cit. D. de confess. sei bestimmt zu ent-

27) L. 1 §. 1 D. de tab. exh. 43, 5 und l. 2 §. 8 D. test. quemadm. 29, 3.

nehmen,[28]) daß bis zu dieser oratio auch bezüglich der Interdicte das urgeri, ut certum confiteatur, gegen den confessus habe stattfinden müssen. Ferner würde die Verweisung des weitern Verfahrens gegen den incerti confessus an den römischen Magistrat in cap. 22 der lex Rubria unerklärlich sein, wenn es sich um Niedersetzung eines iudicium liti aestimandae gehandelt hätte, während solche Devolution ganz nothwendig erscheine, wenn jemand, der durch incerti confessio erklärt habe, daß er über die Existenz seiner Restitutions- bezw. Exhibitionspflicht nicht streiten wolle, trotzdem aber Satisfaction nicht gewähre, entweder zur certi confessio oder zur Uebernahme jenes Rechtsstreits habe gedrängt werden sollen. Und so nahe gerade bei Interdicten die Zerlegung des gesammten Proceßmaterials in die Rechts- und Aestimationsfrage zu liegen scheine, insofern doch auch im Falle der infitiatio möglicherweise zwei Formeln, diejenige aus der sponsio und die arbitraria, dem Verfahren zur Grundlage gedient haben, durch deren erstere die Rechtsfrage, durch deren andere die Schätzungsfrage erledigt worden sei, — so sei es doch Ein iudex gewesen, welcher kraft beider Formeln, und zwar im unmittelbaren Anschlusse an einander, beide Fragen zu beantworten gehabt habe, so daß also auch hier das gesammte Cognitionsmaterial im vollen Zusammenhange der Dinge zur Verhandlung gelangt sei.[29]) Ein Auseinanderreißen dagegen der Ob- und der Wievielfrage, wie solches infolge

28) Insbesondere wird hier gemeint sein l. 6 cit. §. 1: Si quis incertum confiteatur [vel corpus sit confessus Stichum vel fundum dare se oportere], urgueri debet, ut certum confiteatur: item eum, qui rem confessus est, ut certam quantitatem confiteatur — im Zusammenhange mit dem in §. 2 eod. beschriebenen Einflusse der oratio auf Interdicte.

29) Gai. IV, 165. S. unten §. 1838b Ziffer 92 zu N. 18.

der Gewährung eines arbitrium liti aestimandae aus der confessio in iure eingetreten wäre, habe auch bei restitutorischen und exhibitorischen Interdicten bedenklich erscheinen müssen.

So sei denn als Klage gegen den confessus, der weder Satisfaction leistete, noch ein certum confitirte, ein iudicium anzunehmen, dessen intentio die Voraussetzungen des Interdictes enthalten habe.

Vielleicht sei dieselbe Formel demnächst angewandt worden, um bei gebietenden Interdicten auch einem Nichtgeständigen die Möglichkeit eines Rechtsstreites sine periculo sponsionis zu gewähren. Und so erklärt es sich, wie nach der Meinung des Proculus in der Erbittung der arbitraria actio seitens des Impetraten eine confessio liege, se restituere vel exhibere debere. [30])

Für prohibitorische Interdicte bestand nach Demelius ein wesentlich anders gestaltetes Verfahren, und zwar schon für die Zeit vor der oratio Divi *Marci*. Der genannte Gelehrte nimmt, wie wir oben [30a]) gesehen hatten, bei allen prohibitorischen Interdicten, auch den simplicia, eine Defensionspflicht des Impetraten bezüglich der cetera ex interdicto facienda auch für den Fall an, daß eine vis adversus edictum facta nicht vorliegt, und läßt beim Ausbleiben dieser cetera gegen den, seiner Meinung also als indefensus erscheinenden, Impetraten ein interdictum secundarium eintreten, welches das im interdictum primarium bedingt ausgesprochene Verbot nunmehr unbedingt wieder-

30) Gai. IV, 163: — Proculo placuit *denegan*dum calumniae iudici*um* ei, qui ar*bi*trum postulav*erit*, quasi hoc ipso confessus videatur restituere se vel exhibere debere . sed alio iure utimur, et recte; *po*tius enim ut modestiore via litig*et*, arbitrum quisque petit, quam quia confitetur.

30a) §. 1836c Ziffer 57 N. 31 Thl. 1 S. 321.

holt habe. Ganz wie ein indefensus habe nun bei prohibitorischen Interdicten der confessus in iure behandelt werden müssen, nur daß es ihm gegenüber zum Erlasse des eigentlichen Interdictes gar nicht gekommen, vielmehr sofort ein jenem secundarium dem Inhalte nach gleiches, also unbedingtes, prohibitorium erlassen worden sei. Es würde nach Demelius keinen Sinn gehabt haben, den confessus, der von vornherein alle Voraussetzungen des Interdicts zugestand und damit erklärte, ihre Existenz nicht bestreiten zu wollen, trotzdem durch Erlaß des bedingten vim fieri veto vor die vis ex conventu, die sponsio und sonstigen cetera ex interdicto zu stellen und ihn gewissermaßen erst zum indefensus werden zu lassen, um dann doch zu demselben unbedingten vim fieri veto zu gelangen, welches sofort auszusprechen nichts gehindert habe. Natürlich habe das gegen den confessus zu erlassende prohibitorium gerade so auf die Thatsache der confessio Bezug nehmen müssen, wie das secundarium auf das cetera ex interdicto fieri noluisse.

Infolge der oratio Divi Marci sei eine confessoria actio an Stelle des secutorium getreten, welches behufs Erreichung einer exequirbaren Geldcondemnation früher gegen den confessus sowohl bei restitutorischen und exhibitorischen, als auch gewissenfalls bei prohibitorischen Interdicten habe stattfinden müssen, dann nämlich, wenn der Impetrat neben den allgemeinen Voraussetzungen des Interdictes auch eine vis adversus edictum a se facta eingestanden habe.

84. Wir vermögen nicht diesen scharfsinnigen Ausführungen hinsichtlich der Zeit vor der oratio Divi Marci beizutreten.

Was zunächst die prohibitorischen Interdicte betrifft, so leugnen wir ja überhaupt, abgesehen von der Pflicht, das Interdict selbst in Empfang zu nehmen, das Dasein einer Defensionspflicht vor dem Augenblicke, in welchem eine vis

adversus edictum erfolgt ist.[31]) So wenig also der Impetrat, der das Interdict in Empfang genommen hat, vor solcher vis als indefensus erscheinen kann, so wenig kann derjenige als indefensus behandelt werden, welcher vor Erlaß des Interdictes die edictsmäßigen Voraussetzungen desselben, nicht aber das Bestehen eines durch seine Handlung hervorgerufenen Zustandes einräumt, dessen Fortdauer vis adversus edictum sein würde. Und wie wir dem vermeintlichen secundarium bei interdicta prohibitoria simplicia jede Grundlage absprechen mußten, so werden wir das nicht minder zu thun haben mit seinem gegen den confessus construirten Nachbilde: auch dieses erscheint völlig zwecklos; das edictsmäßige Interdict reichte völlig aus, ohne eine ungerechtfertigte Strenge gegen den confessus zu enthalten.[31a]) Denn gestand dieser die edictsmäßigen Voraussetzungen des Interdictes zu, so verstand es sich für ihn um so mehr, daß er eine Verletzung des ihm ertheilten Verbotes zu vermeiden hatte; über die harten Folgen einer solchen durfte er sich wahrlich nicht beschweren. Anderseits war es für den Impetranten Vortheils genug, im iudicium ex sponsione das vor Erlaß des Interdicts in iure abge-

31) S. oben §. 1836c Ziffer 57 Thl. 1 S. 325 f.

31a) Auch Pfersche a. a. O. S. 123 nimmt an, daß die confessio bei Interdicten vor der oratio D. Marci auf den Proceßgang keinen Einfluß gehabt habe, außer wenn der Beklagte nebenbei auch zur Erfüllung seiner Leistungspflicht bereit gewesen sei. Letzteres aber werde bei den prohibitorischen Interdicten regelmäßig der Fall gewesen sein, da der Beklagte beim Zugestehen doch vernünftigerweise schon die daraus folgende Pflicht ins Auge gefaßt haben müsse, da ferner diese Leistung regelmäßig nur in der Caution des künftigen Unterlassens bestanden habe. Vgl. darüber unten §. 1838e Ziffer 104 nach N. 60d.

legte Geständniß des Impetraten benützen zu können. Bei einer großen Anzahl prohibitorischer Interdicte lassen sich obendrein die edictsmäßigen Voraussetzungen verständigerweise kaum leugnen, weil sie offenkundig sind; man denke an die Interdicte zum Schutze der loca sacra, religiosa, sancta, publica, der viae publicae, der flumina publica. Bei allen diesen würde vom Standpuncte der von uns bekämpften Meinung aus die edictsmäßige Fassung schwerlich je zur Anwendung gelangt sein; thatsächlich hätte hier wohl durchgehends jenes von Demelius vermuthete, auf die confessio des Impetraten Bezug nehmende, unbedingte prohibitorium erlassen werden müssen, so daß die Frage nicht unberechtigt erscheint, wozu der Prätor eigentlich jene bedingte Fassung proponirt habe.

Wir nehmen also mit Schmidt an, daß jedenfalls vor der oratio Divi Marci ungeachtet einer lediglich die edictsmäßigen Voraussetzungen eines prohibitorischen Interdictes umfassenden confessio in iure dieses Interdict in seiner edictsmäßigen Fassung erlassen worden sei.

Indem wir aber die Wirkung jener oratio mit Demelius [32]) auf actiones arbitrariae beschränken, müssen wir das Gleiche auch für die Zeit nach derselben behaupten. [32a])

Nicht minder treten wir Schmidt darin bei, daß vor der oratio gegenüber dem in iure confessus auch bei gebietenden Interdicten stets, und ebenso bei prohibitorischen Interdicten dann, wenn bei letzteren die confessio auf einen durch Handlung des Beklagten hervorgerufenen Zu-

32) A. a. O. §. 15.

32a) Nach Pfersche a. a. O. S. 124 wurde nunmehr auch bei prohibitorischen Interdicten eine einfache actio ertheilt, durch welche die processuale Strenge „allerdings etwas gemildert“ wurde.

stand sich erstreckte, dessen Fortdauer eine vis adversus edictum enthielt, der Interdictenbefehl eintreten mußte, sofern nicht der confessus den Impetranten befriedigte oder seine confessio auf eine von diesem genehmigte Geldsumme stellte. Entzog sich der confessus der Empfangnahme des Interdictes, oder ließ er sich auf das fernere Verfahren aus dem Interdicte nicht ein, so fand unzweifelhaft missio in bona gegen ihn statt.

Einigte sich der confessus mit dem Gegner über Umfang und Werthabschätzung der ihm gemäß seinem Geständniß obliegenden Restitutions- oder Exhibitionspflicht nicht alsbald, so hatte er schon am Ende der Republik bei gebietenden Interdicten die Möglichkeit, durch Erbittung der formula arbitraria der Gefahr einer Proceßbuße zu entgehen. [33]) Benutzte er diese Möglichkeit nicht, so war das eben sein Versehen. [33a])

Aber schon bevor der Impetrat es hiermit in der Hand hatte, ohne weitern Nachtheil eine angemessene Abschätzung seiner Verpflichtung zu erzielen, und später noch bei prohibitorischen Interdicten im bezeichneten Falle, bei denen ja der Weg des agere sine poena stets verschlossen blieb, lag in dem, das Verfahren per sponsionem bewirkenden, Erlasse des Interdicts gegen den confessus keine Unbilligkeit. Zweifellos enthielt eben die drohende poena sponsionis für ihn ein sehr kräftiges urgeri, den Impetranten zu befriedigen bezw. ein solches certum zuzugestehen, welches diesem die gebührende Schadloshaltung gewährte. Anderseits aber, und das scheint Demelius nicht gewürdigt zu haben, mußte die gleiche Gefahr der summa restipulationis umgekehrt den Impetranten bewegen, in seinem Anspruche sich zu mäßigen; denn gewiß verlor er den Sponsionsproceß

33) Cic. pro Tullio 23, 53 (s. oben Thl. 1 S. 8 N. 11).
33a) Aehnlich Pfersche a. a. O. S. 123.

auch dann, wenn der Impetrat nachwies, an ihm liege es nicht, daß der Gegner nicht voll entschädigt worden sei, vielmehr am Gegner selbst, der das Erbieten eines durchaus angemessenen Ersatzes zurückgewiesen habe, m. a. W. das per actorem stare, quo minus ex decreto praetoris restitutum sit, galt hier völlig soviel wie eum, quo cum interdictum est, restituisse. [34])

Eines besondern iudicium auf quanti ea res gegen den confessus bedurfte es mithin ganz und gar nicht.

Die auf den ersten Anblick freilich blendende Bemerkung von Demelius [35]) aber, daß es sich durch die Annahme eines solchen iudicium am wahrscheinlichsten erkläre, wie Proculus in der Erbittung einer gleich formulirten arbitraria actio seitens des Impetraten eine confessio habe finden können, erweist sich bei näherer Betrachtung als trügerisch. Selbst wenn es das vermeintliche iudicium gegen den confessus gegeben, und dasselbe genau die gleiche Fassung besessen hätte, wie die arbitraria actio, welche sich der Impetrat nach Erlaß des Interdictes, antequam ex iure exivit, ausbitten durfte, so würde Proculus über dieser Gleichheit der Klagformeln schwerlich den entscheidenden Gegensatz beider Fälle übersehen haben, welcher darin lag, daß in dem einen die confessio den Erlaß des Interdicts ausgeschlossen hatte, während in dem andern umgekehrt der Erlaß des Interdictes vorangegangen sein mußte, um die Erbittung der Klage zu ermöglichen. Wenn also aus jener Ansicht des Proculus für die Behandlung des confessus in iure überhaupt etwas zu folgern ist, so dürfte

34) Vgl. Cic. pro Tull. 19, 45 (unten §. 1838a Ziffer 89 N. 21), pro Caec. 19, 55 (unten Ziffer 85 nach N. 67) 24, 80 (das. N. 22a) 29, 82 (unten §. 1838a Ziffer 89 N. 5) §. 84. 32, 93 (oben §. 1837a Ziffer 73 N. 8 Thl. 1 S. 461).

35) A. a. O. S. 167 f.

dies vielmehr das gerade Gegentheil des von Demelius Gefolgerten sein, nämlich: daß ungeachtet der confessio in iure das Interdict erlassen wurde, der confessus aber, um der ihm sonst sichern poena sponsionis zu entrinnen, begreiflicherweise die arbitraria actio zu erbitten pflegte. Eben nur dann, wenn die confessio in iure schlechterdings ohne Einfluß auf den Erlaß des Interdictes blieb und lediglich als Grund für den Inhalt der Entscheidung in iudicio wirkte, nur dann war es möglich, ihr die Erbittung der arbitraria actio post interdictum redditum gleichzustellen. Dabei muß das allerdings als selbstverständlich angenommen werden, daß die Fassung dieser Klage jene Gleichstellung nicht ausschloß, indem sie etwa mit Si paret ausdrücklich den Beweis der edictsmäßigen Voraussetzungen des Interdictes forderte.[36]) Die Erwägung jedoch, welche in der Erbittung der arbitraria formula eine confessio fand, stützte sich durchaus nicht auf die Fassung dieser Formel, sondern einfach auf die naheliegende rein sachliche Anschauung, daß ein Impetrat, der auf sein gutes Recht vertraue, den, falls er wirklich Recht hatte, nicht für ihn, sondern für den Gegner gefährlichen, für ihn vielmehr nur Gewinn bringenden Weg des Verfahrens per sponsionem vorziehen werde. In der That ist wohl zu beachten, daß die fragliche Aeußerung des Proculus keinen weitern Zweck hatte, als gegenüber der vom Impetraten erbetenen actio arbitraria diesem das calumniae iudicium abzusprechen: derjenige, der selbst seiner Sache nicht traue, solle nicht dem Gegner vorwerfen dürfen, er klage, obwohl er die Grund-

36) Wie Rudorff de iurisdictione edictum reconstruirt §§. 222; 223; 224; 241; 247 unter VI, 4, I; 257; 261; 275. Vgl. dagegen Lenel ed. perp. S. 358 f., der beispielsweis etwa folgende Formel vermuthet:

Quod opus — vi aut clam factum est, si arbitratu tuo non restituetur, quanti ea res erit *etc.*

losigkeit seines Anspruchs kenne. Eben deshalb konnten auch die Sabinianer jene Ansicht auf dem gleichen Boden der sachlichen Anschauung bekämpfen, wonach in der Wahl des anspruchsloseren Verfahrens durchaus kein Ausdruck des Mißtrauens an der eignen Rechtsstellung liegt, geschweige ein unbedingtes Anerkenntniß der gegnerischen.

Die oratio Divi Marci machte gegenüber allen Ansprüchen, welche wider den leugnenden Gegner zu einer actio arbitraria führen, die confessio in iure in der Weise bindend, daß sie derselben die Wirkung der pronuntiatio secundum actorem beilegte. Unter diesen Ansprüchen werden ausdrücklich auch diejenigen aufgezählt, zu deren Geltendmachung ein Interdict irgend welcher Art dient. Bei solchen Ansprüchen erfolgte die pronuntiatio secundum actorem allgemein kraft der Entscheidung des Sponsionenstreits, bei den Ansprüchen, welche durch gebietende Interdicte geschützt werden, auch in der sofort nach Erlaß eines solchen Interdictes erbetenen actio arbitraria. Infolge der confessio in iure war jetzt also ein gebietendes Interdict überhaupt überflüssig, ein prohibitorisches aber nur dann, wenn neben dessen edictsmäßigen Voraussetzungen das Dasein eines Zustandes eingeräumt worden war, dessen Fortdauer eine vis adversus edictum enthielt: denn nur wo eine solche vis behauptet wurde, hätte es zum agere ex interdicto kommen können. War aber die processualische Lage der Sache nunmehr ohne weiteres genau die gleiche, wie wenn sonst in dem ex interdicto reddito folgenden Verfahren die präjudicielle Entscheidung in beschriebener Weise zugunsten des Impetranten ausgefallen war, so erscheint es fast als selbstverständlich, daß dieser Gleichstellung auch der fernere Verlauf der Verhandlung entsprach. M. a. W.: wie an die Entscheidung im Sponsionenverfahren ein iudicium secutorium sich anschloß, so folgte der confessio in iure ein ähnliches iudicium, welches sich nur dadurch

von jenem unterschied, daß seine Voraussetzung natürlich nicht lautete auf „Si Aulus Agerius sponsione vicerit, [37]) sondern etwa auf „Quod Numerius Negidius confessus est.“ Damit ist zugleich die Parallele zur andern Art des Verfahrens ex interdicto, nämlich per formulam arbitrariam, bezeichnet. Folgeweis muß aber auch die confessoria actio, welche wir mit Schmidt [38]) hier annehmen, im Gegensatze zu der von diesem Gelehrten gebilligten Reconstruction ebenso wie jene beiden analogen Klagen [39]) als arbitraria gedacht werden. Die in l. 6 §. 2 cit. de confess. 42, 2 erwähnte Frist ad restituendam rem wird also dem confessus nicht von dem Jurisdictionsmagistrate gesetzt, vor welchem er die confessio abgelegt hat, sondern von dem arbiter, den jener Magistrat infolge der confessio bestellt. [39a]) Und eben dieser arbiter ist es, der eventuell die litis aestimatio vornimmt und auf deren Betrag condemnirt. Hält man mit der herrschenden Ansicht [40]) den iussus de restituendo bei den actiones arbitrariae für einen Befehl, der erst nach vorgängiger Ermittelung des concreten Restitutionsobjectes in quali et quanto erfolgte, so wird man es um so einleuchtender finden, daß derselbe auch da, wo er auf der Grundlage einer confessio in iure

37) Lenel a. a. O. S. 360 unter 4.

38) A. a. O. S. 222 (s. oben S. 13). So auch wohl Pfersche a. a. O. S. 124. Vgl. Demelius a. a. O. S. 166 N. 1.

39) S. Lenel a. a. O. S. 358 f. unter 2 und S. 360 unter 4.

39a) Vgl. auch l. 4 §. 2 D. de hom. lib. exh. 43, 29 und dazu §. 1838a Ziffer 90 N. 40.

40) S. z. B. v. Savigny Syst. Bd. 5 S. 121 ff. v. Keller röm. Civilpr. §. 28 zu N. 322. §. 67 zu N. 792. v. Bethmann-Hollweg röm. Civilpr. Bd. 2 S. 226 zu N. 41. S. 288 zu N. 58.

ergehen sollte, nicht vom Prätor ausging, sondern von einem iudex privatus. Diese Ansicht theile ich freilich nicht; vielmehr scheint mir gerade unsere l. 6 §. 2 zu zeigen, jener iussus sei nichts weiter gewesen, als die ganz allgemein gehaltene Aufforderung des iudex an den Beklagten, in einer gleichzeitig anberaumten Frist [41]) den Kläger auf der Grundlage der pronuntiatio zu befriedigen. Demnach stelle ich mir den weitern Verlauf etwa in folgender Weise vor. Erklärte sich innerhalb jener Frist der Kläger für befriedigt, so erfolgte absolutio. Andernfalls wurde erst jetzt festgestellt, was auf der Grundlage der pronuntiatio dem Beklagten arbitratu iudicis zu leisten obgelegen hätte. Hatte er dies in der That geleistet oder doch gehörig angeboten, so wurde er ebenfalls freigesprochen; soweit keines von beiden geschehen war, trat litis aestimatio und condemnatio in dieselbe ein. [42]) Aber auch bei dieser meiner

41) Diese Frist wurde stets gesetzt, ist also wohl zu unterscheiden von derjenigen, welche §§. 2 sq. J. de off. iud. 4, 17 erwähnen. S. auch v. Savigny a. a. O. S. 122 N. 1. A. M. v. Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 359 N. 75. S. 548 f. N. 42 (s. oben S. 16 N. 24d).

42) Bestätigt wird dies m. E. durch l. 35 §. 1 D. de R. V. 6, 1, welche v. Keller a. a. O. N. 322 für seine Ansicht anführt. Seine übrigen Citate (l. 13 §. 9 D. de a. p. 41, 2. l. 9 §. 1 D. de furt. 47, 2. l. 8 §. 4 D. si serv. 8, 5 und §. 2 J. de off. iud. 4, 17) dürften für unsere Frage gar nichts beweisen. Bei §. 2 cit. ist obendrein nicht zu übersehen, daß sie nicht das classische, sondern das justinianische Recht darstellt, wie ja die Erwähnung der cautio de litis aestimatione deutlich zeigt; dasselbe gilt für §. 3 eod. S. auch N. 41. — Für meine Ansicht spricht ferner l. 14 §§. 4 und 11 i. f. D. quod met. 4, 2 (wo mit Th. Mommsen zu lesen ist: si autem ante sententiam homo sine dolo malo et culpa mortuus fuerit, non tenebitur); und besonders die

Auffassung des iussus de restituendo hat es, ganz abgesehen von der gebotenen Gleichmäßigkeit des Verfahrens

einfache Lösung, welche in ihr für das Räthsel der actio arbitraria de eo, quod certo loco dari oportet, liegt. Enthält nämlich der iussus die ganz allgemeine Aufforderung, auf Grund der pronuntiatio, z. B. N^m A^o decem Ephesi dare oportere, den Kläger zu befriedigen, so ist beim Ausbleiben der Befriedigung der Beklagte selbstverständlich zu condemniren nicht in das Interesse daran, daß die ursprünglich geschuldete Zahlung in Ephesus stattfinden werde (intererit), sondern in das Interesse daran, daß dieselbe dort nicht stattgefunden hat (interfuit), wie es die von Lenel ed. perp. S. 194 zusammengestellten Quellenaussprüche (l. un. Cod. ubi conv. qui certo loco 3, 18. l. 2 §. 8. l. 8 D. de eo, quod certo loco 13, 4. §. 33 J. de act. 4, 6. l. 15 D. de comp. 16, 2) in der That bekunden. Hiernach verstanden scheint mir eine Satisfactionsclausel etwa der Fassung: „nisi arbitratu tuo ea pecunia solvetur" keinerlei sachliche Schwierigkeit zu bereiten. Wie vortrefflich dazu l. 4 §. 1 D. de eo quod certo loco 13, 4 paßt, bedarf keiner Auseinandersetzung. Nicht befremden dagegen kann es uns mit Lenel, Beiträge zur Kenntniß des prätorischen Edicts S. 60 f., daß dabei dem Beklagten die Möglichkeit eingeräumt wurde, durch Befriedigung des Klägers nach der Litiscontestation der Condemnation zu entgehen, — eine Möglichkeit, die er freilich bei Belangung am Erfüllungsorte gemäß der ursprünglich wohl allgemein getheilten, später noch von den Proculejanern festgehaltenen Ansicht nicht gehabt haben würde. Denn abgesehen davon, daß dies die unwillkürliche Folge der, zum Besten des Klägers gewählten, Form der arbitraria actio war, erhielt Letzterer mittels der Berücksichtigung seines Interesse an der contractsmäßigen Leistung ja auch volle Entschädigung für die Verzögerung seiner Befriedigung, welche ihm kraft der Klage am Erfüllungsorte nicht zutheil geworden wäre. L. 2 §. 8 cit. l. 10 D. eod. —

gegen den Beklagten, wider den die pronuntiatio ausgefallen ist, gewiß guten Sinn, das gesammte weitere Verfahren gegen den confessus in die Hand des arbiter zu legen. Denn nur dadurch gelangt der confessus in die, billigerweise ihm nicht weniger, als dem Beklagten, adversus quem pronuntiatum est, gebührende Lage, sich bei der=

Uebrigens möchte ich nicht annehmen, daß die Formel, sei es in der Satisfactionsclausel, sei es in der condemnatio, einen ausdrücklichen Hinweis auf das Interesse der einen oder der andern beider Parteien enthalten habe: einem solchen Hinweise gegenüber scheint mir die Frage Ulpians in l. 2 §. 8 cit.: „utrum (iudex) quantitatem contractus debeat servire an vel excedere vel minuere quantitatem debeat“ — doch allzu naiv. Die weitere Bemerkung aber jener Stelle: „Julianus Labeonis opinionem secutus etiam actoris habuit rationem“ — mit Lenel ed. perp. S. 193 auf Julians Edictsredaction zu beziehen, ist sicherlich einigermaßen gewaltsam. Hätte nicht die condemnatio im Anschlusse an die Satisfactionsclausel einfach lauten können etwa: „quanti ea res (d. h. die nach richterlichem Ermessen den Kläger befriedigende Leistung) erit (nämlich unter Berücksichtigung ihrer Verzögerung bis zum Urtheil), tantam pecuniam etc. —.“ Dahin gestellt bleiben darf es hier, ob bei dieser Ansicht die Worte des §. 33c J. de act. 4, 6: „Si quis tamen Ephesi petat, id est eo loco petat, quo, ut sibi detur, stipulatus est, pura actione agit: idque enim praetor monstrat, scilicet quia utilitas solvendi salva est promissori“ auf ein die actio verheißendes Edict bezogen werden müssen, in welchem das Interesse des Beklagten an der Leistung am Erfüllungsorte ausdrücklich gesichert wurde (Lenel Beiträge S. 60), oder ob sie ebenso wohl auf die von mir angenommene Satisfactionsclausel gehen können, welche in der Klage am Erfüllungsorte selbst augenfällig gegenstandslos ist. (Lenel ed. perp. S. 196).

jenigen Stelle über die ihm obliegenden Verbindlichkeiten Rath zu holen, welche demnächst darüber zu entscheiden hat, ob denselben genügt worden ist.

85. Bestreitet der Impetrat das Dasein der edictsmäßigen Voraussetzungen des Interdictes bezw. diejenigen Thatsachen, welche der Impetrant zwecks Erwirkung eines interdictum utile behauptet; oder bittet er, mag er nun die gegnerischen Behauptungen als solche einräumen oder ableugnen, um eine exceptio, so kann der Ertheilung oder der Verweigerung des Interdictes eine längere oder kürzere Verhandlung in iure vorausgehen.

Verweigert wird die Ertheilung des Interdicts, wenn das eigene Vorbringen des Impetranten selbst bei völliger Unbestrittenheit das begehrte Interdict nicht begründet, z. B. wenn es feststeht, daß das flumen, wegen dessen er Schutz mit einem interdictum de flumine publico beansprucht, ein flumen privatum ist;[43]) oder wenn derjenige, welcher das interdictum, Ne quid in loco publico fiat, verlangt, selbst angiebt, daß die Anlage, gegen welche er geschützt sein will, bereits ausgeführt ist;[44]) ebenso, wenn kein Zweifel darüber obwaltet, daß ein opus in solo factum, dessen wegen das Quod vi aut clam gefordert wird, entweder zwar zuwider einem Verbote des Impetranten, aber von dem besitzenden Eigenthümer innerhalb der Grenzen seines Besitzstandes vorgenommen ist;[45]) oder

43) Vgl. l. 1 §. 4 D. de flum. 43, 12: Hoc interdictum ad flumina publica pertinet: si autem flumen privatum est, cessabit interdictum: nihil enim differt a ceteris locis privatis flumen privatum. l. 1 §. 2 D. ne quid in flum. 43, 13. l. un. §. 2 D. ut in flum. publ. 43, 14. Vgl. l. un. §. 6 D. de ripa mun. 43, 15.

44) L. 2 pr. i. f. §. 17. l. 7 D. ne quid in loco publ. 43, 8.

45) Windscheid Pand. Bd. 2 §. 465 N. 9.

nach vorgängiger genügender Anzeige der beabsichtigten Unternehmung an den Gegner, ohne daß dieser rechtzeitigen Widerspruch erhoben hätte; [46]) oder daß durch das vi aut clam vorgenommene opus ein rechtliches Interesse des Impetranten nicht verletzt worden ist. [47]) Möglicherweise stellt sich gleich in iure die Unwahrheit der Thatsachen heraus, welche zu den edictsmäßigen Voraussetzungen des postulirten Edictes gehören. Es ersieht z. B. der Prätor aus seinen Acten, daß dem Impetranten die von diesem behauptete bonorum possessio nicht ertheilt worden ist oder sich später als non ex edicto data herausgestellt hat. [48]) Hier denegirt er das Quorum bonorum und das Quod legatorum, welche jener als angeblicher bonorum possessor beansprucht. Oder der Impetrant räumt ein, daß der angebliche Precarist Eigenthümer der ihm, nicht blos mit Rücksicht auf das gegnerische Besitzrecht, precario gegebenen Sache ist: weil somit jener die Sache im Rechtssinne nicht precario hat, [49]) kann das interdictum de precario nicht ertheilt werden. — Aus einem andern Grunde, nämlich weil ein iusiurandum in iure delatum et praestitum loco solutionis cedit, [50]) schneidet ein auf Delation des Impe-

46) L. 5 §. 1 D. quod vi. 43, 24.

47) L. 21 D. de aq. et aq. pl. arc. 39, 1. Stölzel die Lehre von der operis novi nunciatio S. 390 f. Windscheid a. a. O. N. 6a.

48) S. z. B. l. 42 §. 2 D. de B. L. 38, 2. l. 11 pr. D. de b. p. c. t. 37, 4. Vgl. Leist in diesem Commentar Serie der Bücher 37 und 38 Thl. 1 Ziffer 91 S. 457 ff. Thl. 2 Ziffer 44 unter b S. 254 ff.

49) L. 4 §. 3 D. de prec. 43, 26. vgl. l. 6 §. 4 eod.

50) L. 27. l. 28 §. 1. l. 35 §. 1 D. de iureiur. 12, 2. Nicht genau Schmidt a. a. O. S. 225 zu N. 1, welcher diesen Fall als ein Beispiel der in iure festgestellten Unwahrheit des impetrantischen Vorbringens anführt.

tranten in iure vom Impetraten geleisteter oder ihm nach der Annahme von ersterm erlassener Eid jedes Interdict über den Gegenstand des Eides ab. Und auch dann wird, gleich einer actio, ein Interdict denegirt, wenn eine dagegen vorgebrachte wirksame exceptio in iure liquid ist, sei es durch das Geständniß des Impetranten, sei es durch unwiderlegliche Beweismittel. In dieser Weise kann insbesondere auch die exceptio iurisiurandi aus einem außergerichtlich deferirten Eide des Impetraten wirken. [51])

Erscheint die Bitte um Ertheilung eines Interdicts genügend substantiirt, während dem Interdicte eine liquide exceptio nicht entgegensteht, so läuft in der Mehrzahl der Fälle die Verhandlung in iure bis zum Erlasse des Interdictes einschließlich der darin aufgenommenen exceptiones einfach zu Ende, gerade so, wie die Verhandlung über die Ertheilung einer formula actionis unter gleichen Umständen.

Am einfachsten ist der Verlauf, wo es auf Gewährung eines im Edicte proponirten Interdictenformulars ankommt. Hier ist nichts weiter nöthig, als die in diesem Formulare zwecks der genauen Ausfüllung für den Einzelfall in unbestimmter Allgemeinheit gehaltenen Ausdrücke jenem Zwecke entsprechend abzuändern. So wird z. B. das „ille“ oder „is“ der Formulare je nach den Umständen durch den Namen des Impetranten [52]) oder des Impetra-

51) L. 3 §. 1 D. de iureiur. 12, 2. S. oben Ziffer 82 S. 9.

52) So das „ille“ u. s. w. in den interdicta Quorum bonorum, Quod legatorum, de tabulis exhibendis, de mortuo inferendo, de sepulchro aedificando, Ne quid in loco publico fiat, Ut via publica ire agere liceat, de via publica reficienda, Ut in flumine publico navigare liceat, de ripa munienda, Unde vi (hier auch in dem Zusatze der ältern Fassung „cum ille possideret“ Cic. pro

ten, [53]) oder vielleicht auch eines Dritten [54]) ersetzt, oder der schematische Name durch den wirklichen Namen der im Einzelfalle gemeinten Person; [55]) so dem „tu“ u. s. w. „tuus“ [56]) der

Caec. 32, 93), Quem fundum, de aqua ex castello ducenda, de rivis, de cloaca privata, de remissionibus, Ne vis fiat aedificanti, de precario, de arboribus caedendis, de glande legenda, (Salvianum,) fraudatorium; — das „is“ u. s. w. in den interdicta Ne vis fiat ei, qui legatorum servandorum causa in possessionem missus est, Ne vis fiat ei, quae ventris nomine in possessionem missa est, de loco publico fruendo (v.: ei qui conduxit sociove eius), de migrando (v.: quo minus ei, qui eum pignoris nomine induxit, inde abducere liceat).

53) So das „ab illo“ in den interdicta de itinere actuque privato, de itinere privato reficiendo, de aqua cottidiana et aestiva, de fonte, de fonte reficiendo.

54) So das „is“ durch den Namen des Verpächters beim interdictum de loco publico fruendo, das „ab eo“ durch den Namen des Concedenten beim interdictum de aqua ex castello ducenda; — so wohl auch das „is eave“ beim interdictum de liberis exhibendis durch den Namen des Kindes, etwa mit dem Zusatze „is“ oder „ea“, sofern nicht dieser Name neben dem „qui (oder quae) in potestate Lucii Titii est“ erschien. (S. unten den Text).

55) So „Lucius Titius“ beim interdictum de tabulis exhibendis durch den Namen des Testators; „Lucii Titii“ beim interdictum de liberis exhibendis durch denjenigen des Gewalthabers; „Lucius Titius“ im interdictum de liberis ducendis durch denjenigen des Hauskindes, „Lucii Titii“ und „Lucio Titio“ daselbst durch denjenigen des Gewalthabers; „Lucius Titius“ im fraudatorium durch den Namen des fraudator.

56) Z. B. in den interdicta de tabulis exhibendis, de mortuo inferendo, de sepulchro aedificando, Ne quid in loco publico fiat (in der ständigen exceptio v.: tibi concessum est), de ripa munienda (in der ständigen

Name des Impetraten beigefügt; ebenso geschieht dies vielleicht überall, wo Letzterer in zweiter Person angeredet wird. Dahingestellt bleibe, ob in den interdicta de homine libero exhibendo und de liberis exhibendis neben den Worten „Quem liberum“ und „Qui (oder quae) in potestate Lucii Titii est“ der Name der widerrechtlich festgehaltenen Person irgendwie genannt wurde. — Ein Beweis für zwei der hier erwähnten Präcisirungen des proponirten Formulars liegt in Cic. pro Tull. 12, 29:

> Videtis praetores per hos annos intercedere hoc interdicto velut inter me et M. Claudium: ***Unde de dolo malo tuo, M. Tulli, M. Claudius aut familia aut procurator eius vi detrusus est,*** caetera ex formula (d. h. genau in der im Edicte proponirten Fassung). [56a])

Von der ausdrücklichen Beziehung des vi factum auf ein Verbot des Haussohnes, welcher suo nomine das Quod vi impetrirt, ist schon oben (§. 1835 Ziffer 10 zu N. 74 Thl. 1 S. 68) die Rede gewesen.

Wurde das Quorum bonorum oder das Quod legatorum bei einem andern Magistrate nachgesucht, als bei demjenigen, welcher die diesen Interdicten als Voraussetzung dienende bonorum possessio ertheilt hatte, so mußte dem entsprechend das „ex edicto meo“ in denselben umgeändert werden in „ex edicto“ mit dem Namen des letztern Magistrates im Genetiv.

exceptio v.: si tibi damni infecti — vel cautum vel satisdatum est), Unde vi, Quem fundum, de cloaca privata, Ne vis fiat aedificanti, de arboribus caedendis, de glande legenda, de liberis exhibendis, de migrando, fraudatorium.

56a) Ueber die Bedeutung dieser Parallelform des Unde vi vgl. Keller semestria ad Cic. vol. I p. 304 sqq.

Endlich wurde vermuthlich, wie schon angedeutet ist, im interdictum de liberis exhibendis statt des schematischen „Qui quaeve“ im Einzelfalle gesetzt „Qui“ oder „quae.“

Es scheint indessen, als ob diese Individualisirung der allgemein gehaltenen Ausdrücke des edictmäßigen Formulars wenigstens regelmäßig sich auf die Bezeichnung der betheiligten Personen beschränkt habe, dagegen in Beziehung auf sachliche Verhältnisse die unbestimmte Ausdrucksweise jenes Formulars auch im Einzelfalle beibehalten worden sei. So erhellt aus Cic. pro Caec. 28, 80 (s. unten §. 1838a Ziffer 89 N. 22a), daß das ausgefüllte interdictum Unde vi nicht etwa das streitige Grundstück nannte, aus welchem der Impetrant dejicirt zu sein behauptete, vielmehr ohne weiteres das Unde des proponirten Formulares wiederholte. Entsprechend hieß es ohne Zweifel auch in den ausgefüllten Interdicten de mortuo inferendo und de sepulchro aedificando: Quo quave — mortuum inferre — ius est, Quo — ius est — mortuum inferre; und die concreten Interdicte de loco sacro, religioso, sancto, publico, de via publica, de flumine publico, de cloaca publica bezeichneten niemals den speciellen Platz, Weg, Fluß, Abzugscanal, sondern stets nur einen Platz, Weg, Fluß, Canal derjenigen Eigenschaft, welche das ertheilte Interdict bedingte. Aehnlich führte selbst im Einzelfalle das Uti possidetis nur „eas aedes“, „eum fundum“ an, und die interdicta Quam hereditatem, Quem fundum, Quem usumfructum enthielten zur Bezeichnung ihres concreten Gegenstandes nichts Weiteres, als diese unbestimmten Eingangsworte, wonach sie selbst genannt werden. Nicht minder begannen die interdicta de itinere privato und de itinere privato reficiendo stets mit „Quo itinere actuque,“ sowie die interdicta demolitorium und Ne vis fiat aedificanti mit „Quem in locum nuntiatum est,“ ohne

nähere Bezeichnung. Selbst die relative Präcisirung mittels eines eingeschalteten „qua de re agitur“ oder dergl. findet sich nur bei einzelnen der eben aufgeführten Interdicte, ohne daß man zu ersehen vermöchte, weshalb es bei diesen vorkommt, bei anderen fehlt. So fehlt es im Unde vi, [57]) ferner bei sämmtlichen Interdicten zum Schutze von res sacrae, religiosae, sanctae, publicae, nicht minder beim interdictum de itinere privato reficiendo, während es vorkommt bei den interdicta Uti possidetis, de superficiebus, de itinere privato, demolitorium, Ne vis fiat aedificanti, de precario, Utrubi, de migrando.

Ausnahmsweis scheint übrigens auch das im Interdicte behandelte Sachverhältniß bei der concreten Anwendung näher bezeichnet worden zu sein; so beim Quod vi aut clam nach l. 22 §. 4 D. quod vi 43, 24:

> (*Venuleius* lib. 2. interd.) Si quis proiectum aut stillicidium in sepulchrum immiserit, etiamsi ipsum monumentum non tangeret, recte cum eo agi Quod in sepulchro vi aut clam factum sit, quia sepulchri non solum is locus est, qui recipiat humationem, sed omne etiam supra id caelum: eoque nomine etiam sepulchri violati agi posse. [58])

Auch die Fassung auf eine alternative Voraussetzung, wie das Edict sie für manche Interdicte gab, wurde im Einzelfalle selbst dann beibehalten, wenn es von vornherein zweifellos war, daß der Impetrant seinen Anspruch ausschließlich auf Eine der Alternativen stützte. So wird es

57) Mit Recht verwirft Schmidt a. a. O. S. 227 N. 14 die abweichende Meinung Kellers semestria ad Cic. vol. I p. 296 sqq. als des Quellenzeugnisses bar. Vgl. auch Lenel ed. perp. S. 373.

58) Lenel ed. perp. S. 387 N. 14. S. oben §. 1835 Ziffer 10 N. 74 Thl. 1 S. 68.

bezeugt hinsichtlich des interdictum de itinere actuque privato, dessen edictsmäßige Formel lautete:

Quo itinere actuque, quo de agitur, hoc anno nec vi nec clam nec precario ab illo usus es etc. [59])

Es heißt nämlich in l. 1 §. 4 D. de it. actuq. pr. 43, 19:

(*Ulp.* lib. 70. ad ed.) Si quis hoc interdicto utatur, sufficit alterutrum probare vel iter vel actum in usu habuisse.

Das Gleiche ergiebt sich für das Quod vi aut clam, sofern dessen volle Bezeichnung, welche in der That zwei einander ausschließende Alternative umfaßt, stets auch da gebraucht wird, wo offenbar nur die eine von beiden gemeint, ja denkbar ist. [59a])

Nicht anders dürfte es sich mit den interdicta de vi verhalten haben.

Das interdictum de vi non armata lautete in seiner ältern Fassung:

Unde tu aut familia tua aut procurator tuus illum aut familiam aut procuratorem illius — vi deiecisti [60]) etc. —,

das interdictum de vi armata aber:

59) L. 1 pr. D. de it. actuq. priv. 43, 19. Die Ausdrücke „privato" hinter „actuque", und „vel via" hinter „agitur" sind mit Mommsen als Glossemata zu streichen. Lenel a. a. O. S. 383 f. N. 16 und 17. A. M. Schmidt a. a. O. S. 79 N. 17 S. 226.

59a) L. 17 D. quod vi 43, 24 (s. oben §. 1835 Ziffer 10 N. 68 Thl. 1 S. 65). L. 13 §. 1 eod. (das. S. 64 f.). l. 9 D. de O. et A. 44, 7 (das. N. 67 S. 64) vbd. mit l. 13 §. 2 D. quod vi 43, 24 (das. S. 69). Vgl. die Ausführungen daselbst.

60) Cic. pro Tull. 19, 44. Lenel a. a. O. S. 371.

Unde tu aut familia aut procurator tuus illum vi hominibus coactis armatisve deiecisti etc. [61])

Ohne Zweifel [62]) wurden in jedem Einzelfalle die hierin gesetzten Alternativen sämmtlich in das Interdict aufgenommen, so daß beim interdictum de vi non armata durch die möglichen Combinationen [63]) nicht weniger als neun verschiedene Fälle als selbständig zulässige Voraussetzungen sich ergaben, während doch der Impetrant meistens nur eine dieser Möglichkeiten als wirklichen Hergang behauptet haben wird. Julian hat das Edictsformular wesentlich vereinfacht, indem er bei der Erwähnung der dejicirten Partei nur den Principal (illum) stehen ließ, da dieser in seiner familia oder in seinem procurator ja selbst als dejicirt galt, [64]) und indem er den procurator auch bei der Erwähnung der dejicirenden Partei strich, da die Dejection durch denselben dem Principal als Dejection mittels eigner Handlung angerechnet wurde. [65]) Geblieben ist mithin nur noch die Alternative: Unde — tu illum vi deiecisti aut familia tua deiecit, [66]) deren zweites Glied dazu diente, gegen denjenigen Principal, welcher die von seiner familia verübte Dejection weder anbefohlen noch gebilligt hatte, mithin nicht selbst als Dejicient behandelt

61) Cic. pro Caec. 19, 55 (s. S. 40). Lenel a. a. O. S. 375.

62) Vgl. Cic. pro Caec. 19, 55.

63) 1) tu illum, 2) tu familiam illius, 3) tu procuratorem illius; 4) familia tua illum, 5) familia tua familiam illius, 6) familia tua procuratorem illius, 7) procurator tuus illum, 8) procurator tuus familiam illius, 9) procurator tuus procuratorem illius.

64) L. 1 §. 22 D. de vi. 43, 16.

65) L. 1 §§. 12 und 14. l. 3 §. 10 eod. l. 152 §§. 1 sq. D. de R. J. 50, 17.

66) L. 1 pr. eod. Lenel a. a. O. S. 373.

werden konnte, den Noxalanspruch offen zu halten.[67]) Gewiß aber wurde das Interdict mit dieser Alternative auch dann ertheilt, wenn der Impetrant dasselbe lediglich als directum oder umgekehrt lediglich als Noxalinterdict verwenden wollte.

Zugleich zeigt uns eben dieses Interdict in den Worten „aut familia tua deiecit," daß der Prätor an der proponirten Fassung kein Wort zu ändern pflegte, welches nicht von vornherein blos schematisch gemeint war, es hätte denn die interpretatio die Vertauschung des proponirten Interdicts mit einem interdictum utile für unumgänglich erklärt: das „aut familia tua" wurde unweigerlich auch da angewandt, wo es sich um Einen einzigen Sclaven handelte.

Cic. pro Caec. 19, 55: ***Unde tu aut familia aut procurator tuus.*** Si nec vilicus tuus solus deiecisset, non familia deiecisset, ut opinor, sed aliquis de familia. Recte igitur diceres, te restituisse? Quippe. Quid enim facilius est quam probari iis, qui Latine sciant, in uno servulo familiae nomen non valere? Si vero ne habeas quidem servum praeter eum, qui me deiecerit, clames videlicet: Si habeo familiam, a familia mea fateor te esse deiectum. Neque enim dubium est, quin, si ad rem iudicandam verbo ducimur, non re, familiam intelligamus quae constet ex servis pluribus, quin unus homo familia non sit. Verbum certe hoc non modo postulat, sed etiam cogit. §. 56. At vero ratio iuris interdictique vis et praetorum voluntas et hominum prudentium consilium et auctoritas respuat hanc defensionem et pro nihilo putet. c. 20. Quid ergo? isti homines Latine

67) L. 1 cit. §§. 11. 15. (s. oben §. 1837 Ziffer 72 Thl. 1 S. 450 und S. 445.

non loquuntur? Immo vero tantum loquuntur, quantum est satis ad intelligendam voluntatem: cum sibi hoc proposuerint, ut sive me tu deieceris sive tuorum quispiam sive servorum sive amicorum, ut servos non numero distinguant, sed appellant uno familiae nomine. [68])

86. Nicht immer indessen genügte die bloße Ausfüllung des Schemas: häufig machten sachliche Gründe vielmehr erforderlich, ein proponirtes Interdict utiliter zu ertheilen, oder selbst ohne edictsmäßiges Vorbild, so zu sagen: ad hoc, ein Interdict zu construiren.

In den meisten Fällen dieser Art wird gar kein Zweifel darüber bestanden haben, daß ein proponirtes Interdict nur mit einer gewissen Umformung anwendbar sei, mit derselben aber auch angewandt werden dürfe, z. B. das Quod legatorum auf Sachen, welche fideicommissorum nomine eigenmächtig in Besitz genommen waren; [69]) das interdictum Ne vis fiat ei, qui legatorum servandorum causa missus est, für den Fideicommissar oder zum Schutze der missio Antoniniana; [69a]) das interdictum de aqua aestiva für aqua hiberna, [69b]) u. s. w. Es fehlt jedoch auch nicht an Spuren von Controversen über die Nothwendigkeit der Abänderung eines proponirten Interdictes, oder über die Zulässigkeit eines ad hoc ertheilten. Während z. B. manche Juristen das edictsmäßige Quod legatorum gegen denjenigen, der den Gegenstand des ihm legirten Nießbrauchs eigenmächtig ergriffen hatte, deshalb für ungeeignet hielten, weil jener Vermächtnißnehmer nicht be-

68) S. l. 1 cit. §. 17 und dazu oben §. 1837 Ziffer 72 Thl. 1 S. 450.

69) Vgl. Lenel ed. perp. S. 363 N. 2.

69a) L. 3 pr. §. 1 D. ne vis fiat ei 43, 4.

69b) L. 1 §. 35 D. de aq. cott. 43, 20.

sitzt, sondern nur detinirt, somit annehmen, daß nur mittels eines Quod legatorum utile zu helfen sei, war Ulpian der entgegengesetzten Meinung.[70]) Das nämliche Interdict ließ Ulpian auch gegen denjenigen zu, welcher legatorum servandorum causa immittirt war, mindestens dann, wenn ihm cautio legatorum nomine bestellt worden,[71]) obwohl dieser zunächst auf prätorische Ermächtigung

70) L. 1 §. 8 D. quod legat. 43, 3 (Ulp. lib. 67. ad ed.): Unde est quaesitum, si usus fructus vel usus fuerit alicui relictum eumque occapaverit, an hoc interdicto restituere sit compellendus . movet, quod neque usus fructus neque usus possidetur, sed magis tenetur: potest tamen defendi competere interdictum. idem dicendum est et in servitute relicta. Vat. fragm. §. 90: (Venuleius?) — Si usufructu legato legatarius fundum nanctus sit, non competit interdictum adversus eum, quia non possidet legatum, sed potius fruitur. Inde et [*ut scr.* Huschke] interdictum Uti possidetis utile hoc nomine proponitur [*et ins.* Mommsen] Unde vi, quia non possidet, [*etiam ins.* H.] utile datur, quod taliter [H.] concipiendum est: Quod de his bonis legati nomine possides quodque uteris frueris, quodque dolo malo fecisti, quo minus possideres utereris fruereris. Rudorff Zeitschrift für geschichtl. Rechtswissensch. Bd. 11 S. 341 f., der mir jedoch in der Annahme zu weit zu gehen scheint, daß einige römische Juristen hier den bonorum possessor schutzlos gelassen hätten. Vgl. Schmidt a. a. O. S. 14 f.

71) L. 1 cit. §. 9: Quaesitum est, si quis legatorum servandorum causa missus sit in possessionem, an hoc interdicto teneatur ad restitutionem. movet illud primum, quod non possidet is, qui missus est in possessionem legatorum causa, sed potius custodit, deinde quod praetorem habet huius rei auctorem. tutius tamen erit dicendum hoc interdictum competere, maxime si satisdatum sit iam legatorum nomine, nec recedat:

hin nicht sowohl legatorum nomine besaß, als vielmehr legatorum servandorum causa unter Obhut hatte, nach Bestellung der Caution aber zum Besitzer pro possessore wurde.[71a]) Gaius[71b]) und Marcian[71c]) wollten deshalb hier ein eigens construirtes Interdict, vermuthlich ein prohibitorium, angewandt haben. So hatte unter Billigung von Ofilius und Trebatius einmal ein Prätor ohne Vorbild im Edicte zum Schutze einer neuen Cloakenanlage auf öffentlichem Grunde und Boden interdicirt; Labeo dagegen scheint dies mißbilligt zu haben,[71d]) weil die Ge-

tunc enim etiam possidere videtur. Vgl. Schmidt a. a. O. S. 29 N. 12.

71a) Arg. l. 13 §. 12 D. de H. P. 5, 3.

71b) L. 11 D. ut legat. 36, 3 (lib. 13. ad ed. prov.): Si legatariis, qui adversus me in possessionem legatorum servandorum causa missi sunt, procurator vel quis alius meo nomine caverit, perinde mihi praetor accommodat interdictum, quo iubeantur discedere legatarii possessione, ac si ego cavissem. Pfersche Interdicte S. 150 meint, nach dieser Stelle werde ausnahmsweise dem Erben vom Prätor durch ein Interdict geholfen, und findet einen Grund „für diese Begünstigung" nur in der Erwägung, „daß der Erbe, der die Erbschaftssachen noch nicht in Besitz genommen hatte, den immittirten Legataren gegenüber weder Besitzklagen noch Eigenmacht gebrauchen konnte." Ich vermag weder von einer ausnahmsweisen Begünstigung, noch davon in der Stelle etwas zu erblicken, daß das Interdict nur demjenigen Erben ertheilt worden sei, welcher den Besitz der Erbschaftssachen noch nicht ergriffen hatte.

71c) Arg. l. 40 D. de solut. 46, 3 (lib. 3. instit.): — item si quis solverit legata, debent discedere legatarii de possessione: alioquin nascitur heredi interdictum, ut eos deicere possit.

71d) L. 2 D. de cloac. 43, 23: (Venuleius lib. 1. interd.) Quamquam de reficienda cloaca, non etiam de nova

stattung einer derartigen Anlage nur dem mit der cura viarum publicarum betrauten Beamten zustehe, [71e]) obschon er kein Bedenken trug, ebenfalls ohne Vorbild im Edicte, Interdictsschutz für die Einleitung einer Privatcloake in eine öffentliche Cloake zu gewähren. [71f]) Sofern nicht

facienda hoc interdicto comprehendatur, tamen aeque interdicendum Labeo ait, ne facienti cloacam vis fiat, quia eadem utilitas est: praetorem enim sic interdixisse, „ne vis fieret, quo minus cloacam in publico facere liceret“ [tamen, Labeo ait, ne facienti cloacam vis fiat, quia eadem utilitas est, praetorem sic interdixisse „ne vis — liceret“ *scr.* M.]: idque Ofilio et Trebatio placuisse . ipse dicendum ait, ut ne [ante *scr.* M.] factam cloacam purgare et restituere permittendum sit per interdictum, novam vero facere is demum concedere debeat, cui viarum publicarum cura sit. Vgl. Schmidt Zeitschrift für geschichtl. Rechtswissensch. Bd. 15 S. 84 ff.

71e) S. Mommsen röm. Staatsrecht Bd. II, 1² S. 589 N. 6.

71f) L. 1 §. 9 D. de cloac. 43, 23: (Ulp. lib. 71. ad ed.) Idem Labeo etiam eum, qui privatam cloacam in publicam immittere velit, tuendum, ne ei vis fiat. sed et si quis velit talem cloacam facere, ut exitum habeat in publicam cloacam, non esse eum impediendum, Pomponius scribit [sed et Pomponius scribit, si quis velit — non esse eum impediendum *scr.* M.]. Will Ulpian, in einer dann allerdings unerträglichen Breite, den Pomponius dasselbe sagen lassen, was er vorher als Labeos Meinung mitgetheilt hat? oder wollte Labeo nur die Einleitung einer bestehenden, bisher jedoch in eine fremde Privatcloake oder dergl. einmündenden, Privatcloake in eine öffentliche Cloake schützen, Pomponius aber auch die neue Anlegung einer Privatcloake, welche in eine öffentliche Cloake ausfließt? Auf der erstern Auffassung scheint Mommsens Vorschlag einer Wortverschiebung zu beruhen. Erscheint jedoch eben bei dieser

etwa kraft der Uebereinstimmung der beiderseits eingeholten responsa patentirter Juristen oder kraft des nur von Einer Seite beigebrachten responsum eines solchen der Prätor gebunden war, wird es in derartigen Fällen gelegentlich zu ausführlichen Erörterungen zwischen den Parteien gekommen sein. Und ebenso ist vermuthlich manchmal über die specielle Fassung eines ad hoc verlangten Interdictes lebhaft gestritten worden, gegen dessen Zulässigkeit ein grundsätzlicher Einwand vielleicht kaum versucht wurde. [72])

Ein allgemeiner Grund für die Umänderung des proponirten Formulares lag da vor, wo ein im Einzelfalle unzulässig gewordenes Interdict erst mittels der in integrum restitutio zurückerworben werden mußte. Hier war dasselbe dann utiliter zu ertheilen, wenn es nur mittels entsprechender Veränderung der Voraussetzungen oder mittels Weglassung einer ständigen exceptio wieder wirksam gemacht werden konnte. Ersteres war der Fall z. B., wenn gegen die Verjährung des interdictum de itinere actuque privato restituirt wurde: statt des „hoc anno“ mußte eine den Umständen angemessene Frist (repetita dies) eingestellt werden, also etwa „superiore anno“, oder auch „tertio, quarto etc. ab hoc anno.“

L. 1 §§. 9 sq. D. de it. actuq. priv. 43, 19:
(*Ulp.* lib. 70. ad ed.) Si quis propter inundationem usus non sit itinere actuque hoc anno, cum superiore usus sit, potest repetita die hoc interdicto uti per

Verschiebung das „sed et“ ganz ungeeignet, so wird man um so mehr der andern Auffassung den Vorzug zu geben, dann aber jenen Vorschlag abzulehnen haben.

72) Z. B. etwa über die sehr ins Einzelne gehende Fassung des vorbildlosen interdictum de aqua, welche Labeo gegen Verunreinigung des Wassers vorgeschlagen zu haben scheint. L. 1 §. 27 D. de aq. cott. 43, 20. Lenel a. a. O. S. 384 f. N. 18.

in integrum restitutionem ex illa parte „si qua mihi iusta causa esse videbitur“. sed et si per vim hoc ei contigerit, in integrum eum restitui oportere ***Marcellus*** probat. praeterea et aliis casibus interdictum repetita die competit, ex quibus in integrum quis restitutionem impetrare solet. §. 10: Praeterea sciendum est, si dilatione data adversario futurum est, ut causa interdicti mei deterior fiat, aequissimum est repetita die reddi interdictum. [73])

Das Andere trat ein z. B., wenn gegen die Verjährung des Quod vi aut clam restituirt wurde: hier bestand die Ertheilung der Restitution in Weglassung der annua exceptio.

L. 15 §. 5 D. quod vi 43, 24:

(*Ulp.* lib. 71. ad ed.) Sed si is sit locus, in quo opus factum est, qui facile non adiretur, ut puta in sepulchro vi aut clam factum est vel in abdito alio loco, sed et si sub terra fieret opus vel sub aqua vel [in *ins.* M.] cloaca aliquid factum sit, etiam post annum causa cognita competit interdictum de eo, quod factum est: nam causa cognita annuam exceptionem remittendam, hoc est magna et iusta causa ignorantiae interveniente. [74])

Dagegen bewirkte die in integrum restitutio gegen

73) Vgl. l. 26 §. 4 D. ex quib. c. mai. 4, 6.

74) Schmidt a. a. O. S. 230 hält es daneben für möglich, daß die Restitution hier durch Einfügung einer Replik gegen jene exceptio vollzogen sei, etwa: „aut si plus est [sc. quam annus], at ille ita factum esse ex iusta causa ignoraverit.“ Dann hätte also der iudex privatus über das Dasein der causa restitutionis zu entscheiden gehabt: das scheint mir ausschließlich Sache des Magistrats gewesen zu sein; der iudex konnte nur über den Thatbestand der laesio entscheiden.

die Ausschließung von einem Interdicte eine Abänderung des edictsmäßigen Formulares da nicht, wo sich dieselbe vollzog durch Denegation einer an sich begründeten unständigen exceptio gegen das Interdict. So ist uns bezeugt hinsichtlich der exceptio, si de ea re interdictum non est beim interdictum de homine libero exhibendo. [75])

Besonders häufigen Anlaß zur Ertheilung eines interdictum utile bot die Stellvertretung auf der einen oder der andern Seite.

Bei restitutorischen und exhibitorischen Interdicten macht die Formulirung keine Schwierigkeit; höchst wahrscheinlich geschah sie, ähnlich wie bei den formulae actionum, so, daß der Name des Vertreters für den Namen des Principals in den Befehl selbst eingesetzt wurde, während in den Voraussetzungen desselben der Name des Principals erschien, also z. B. etwa:

Unde tu, Numeri Negidi, Aulum Agerium deiecisti, eo Lucium Titium (Auli Agerii procuratorem) restituas.

Unde Numerius Negidius Aulum Agerium deiecit, eo tu, Luci Titi, Aulum Agerium restituas.

Quas tabulas Publius Mevius ad causam testamenti sui pertinentes reliquisse dicetur, si hae penes te, Numeri Negidi, sunt, aut dolo malo tuo factum est, ut desinerent esse, ita eas Lucio Titio (Auli Agerii procuratori) exhibeas.

Quas tabulas Publius Mevius ad causam testamenti sui pertinentes reliquisse dicetur, si hae penes Numerium Negidium sunt, aut dolo malo eius factum est, ut desinerent esse, ita eas tu, Luci Titi, Aulo Agerio exhibeas.

75) L. 3 §. 13 D. de hom. lib. exh. 43, 29 (s. unten Ziffer 88 nach N. 37).

Indessen war die Bezeichnung des Principals selbstverständlich da nicht erforderlich, wo das proponirte Formular in den Voraussetzungen des Befehls unpersönlich lautete. So namentlich beim Quod vi aut clam hinsichtlich des Thäters: es hieß hier einfach: Quod vi aut clam factum est. Wurde also der Stellvertreter aus dem vi aut clam factum des Principals (alieno nomine) belangt, so konnte das edictsmäßige Formular des Interdictes benutzt werden: der Fassung sah man es gar nicht an, daß derjenige, an welchen das „restituas" gerichtet war, als Stellvertreter auftrat.[76]) Um so mehr war das edictsmäßige Formular da geeignet, wo der Stellvertreter in Anspruch genommen wurde wegen eines solchen von ihm begangenen oder angeordneten vi aut clam factum, welches den Principal höchstens zur praestatio patientiae verpflichtete. Freilich scheint Ulpian für diesen Fall eine von der proponirten Fassung abweichende Form anzunehmen, wenn er in l. 11 §. 6 D. quod vi 43, 24[77]) bemerkt: eveniet, ut in ipsum tutorem curatoremque aut utilis actio competat aut etiam ***utile interdictum***. Allein die hier erwähnte utilitas kann nicht wohl von einem für den Einzelfall zurecht gemachten Rechtsbehelfe verstanden werden. Denn es läßt sich ebenso wenig eine actio finden, welche für diesen Fall zugeschnitten werden könnte, als ein Grund für die Umänderung des proponirten Interdictsformulares erfindlich ist.[77a]) Erinnern

76) L. 5 §. 10. D. quod vi 43, 24: Idem (scil. Labeo) ait, et adversus procuratorem, tutorem, curatorem, municipumve syndicum alieno nomine interdici posse. Es ist also mit diesen Worten ein Mehreres gesagt, als daß auch das Quod vi eine Stellvertretung auf impetratischer Seite zulasse: dies hervorzuheben lag jedenfalls für Ulpianen kein Anlaß mehr vor.

77) S. die Stelle oben §. 1837 Ziffer 69 Thl. 1 S. 411.

77a) Welchen Zweck hätte es gehabt, daß, wie Lenel ed. perp.

wir uns jedoch, daß zu Ulpians Zeit aus dem gegen den Vormund ergangenen condemnatorischen Urtheil die actio iudicati wider ihn da denegirt wurde, wo er eben nur als Vormund belangt worden war, [77b]) so wird uns einleuchten, daß in unserm Falle jene, ipso iure zuständige, Klage stattfinden mußte; und eben dies dürfte Ulpian gemeint haben. Vermuthlich also ist entweder das Wort „iudicati" ausgefallen oder etwa aus Mißverständniß in das Wort „utilis" umgewandelt worden; oder es hat ursprünglich ein, von den Compilatoren nicht aufgenommener, Satz durch den Zusammenhang der unbestimmten Bezeichnung „actio" ihre unzweideutige Beziehung auf die iudicati actio gegeben. [77c]) Wurde nun aber in unserm Falle aus dem gegen den Vormund während seiner Amtsführung impetrirten Quod vi die iudicati actio ertheilt, so konnte folgerecht auch noch nach Beendigung seiner Vormundschaft das Interdict erfolgreich, utiliter i. d. S., gegen ihn erwirkt werden: er haftete hier ja suo nomine.

Wie hiernach die proponirte Fassung des Quod vi

S. 387 N. 11 und 15 annimmt, hier, abweichend von der regelmäßigen Fassung, die Person des Thäters angegeben worden wäre?

77b) L. 4 §. 1 D. de re iud. 42, 1. v. Keller röm. Civilpr. §. 53 N. 625.

77c) Utilis iudicati actio competit würde recht gut passen, gerade um auszudrücken, daß in diesem Falle die, an sich stets zuständige, iudicati actio gegen den Vormund auch wirklich ertheilt werde. Das Streichen des Wortes „iudicati" in diesem Falle, wie dessen Vertauschung mit dem Worte „utilis" in dem andern, wenn er etwa schlechthin „iudicati actio" geschrieben haben sollte, erklärt sich ganz natürlich daraus, daß man die iudicati actio nicht in den Zusammenhang der Stelle zu bringen wußte; die Aufnahme des „utilis" im zweiten Falle lag angesichts des folgenden „utile interdictum" nahe genug.

aut clam auch wider einen Stellvertreter des eigentlichen Gegners anwendbar blieb, so nicht minder, wenn umgekehrt klägerischerseits ein Stellvertreter auftrat. Nur wenn ein Haussohn wegen eines gegen sein Verbot errichteten opus klagte, war ein interdictum utile erforderlich, um diese Veranlassung zu bezeichnen. [78])

Unter den prohibitorischen Interdicten giebt es eine große Zahl, welche den Impetraten nicht anreden, da weder das Verbot persönlich gefaßt ist, noch in den Voraussetzungen sich eine Beziehung auf ihn findet. [79]) Hier sehe ich kein Bedenken gegen die Annahme, daß auch bei Stellvertretung des Impetraten das Interdict in edictsmäßiger Fassung erging, z. B.:

Quo minus Aulo Agerio via publica itinereve publico ire agere liceat, vim fieri veto.

Wo zwar das Verbot unpersönlich lautet, also namentlich auf vim fieri veto, die Voraussetzungen desselben jedoch eine persönliche Beziehung auf den Impetraten enthalten, z. B. beim interdictum de mortuo inferendo, oder beim interdictum de itinere privato, da muß natürlich das gegen den Stellvertreter gerichtete Interdict diese Beziehung auf den Principal abgestellt haben, also etwa:

Quo quave Aulo Agerio mortuum inferre invito Numerio Negidio ius est etc.

Quo itinere actuque, q. d. a., hoc anno nec vi n. cl. n. pr. a Numerio Negidio usus es etc. [80])

78) S. oben §. 1835 Ziffer 10 Thl. 1 S. 68.

79) Hierher gehören die interdicta Ne quid in loco sacro fiat, Ne quid in via publica fiat, Ut via publica ire agere liceat, de loco publico fruendo, de via publica reficienda, Ne quid in flumine publico fiat, quo aliter aqua fluat, Ut in flumine publico navigare liceat, de aqua ex castello ducenda, de remissionibus.

80) Aehnlich bei den interdicta de sepulchro aedificando, de

Wie aber bei den interdicta Ne quid in loco publico fiat und Ne quid in flumine publico fiat, quo peius navigetur, bei denen edictsmäßig das Verbot in zweiter Person erging: Ne quid facias — immittas? Diese Fassung gegenüber dem Stellvertreter des Impetraten müssen wir mit Schmidt[81]) für ganz ungeeignet halten: es kam ja nicht darauf an, daß dem Stellvertreter etwas verboten werde, sondern darauf, daß es dem Principal verboten werde. Band nun aber das unpersönlich gefaßte Verbot, welches gegenüber dem Stellvertreter ausgesprochen war, den Principal, so wird doch gewiß Letzterer nicht minder gebunden worden sein durch ein in dritter Person auf ihn abgestelltes, aber an den Stellvertreter erlassenes Verbot, also etwa:

Ne quid Numerius Negidius in loco publico faciat inve eum locum immittat etc.

Bei den auch in Beziehung auf den Impetranten unpersönlich gefaßten prohibitorischen Popularinterdicten kann selbstverständlich von einer Stellvertretung für den Impetranten nicht die Rede sein; ebenso wenig bei denjenigen dieser Interdicte, welche in der edictsmäßigen Fassung den Impetranten mit „illi“ bezeichnen.[82])

Bei den prohibitorischen Privatinterdicten fehlt, soviel ich sehe, die persönliche Beziehung auf den Impetranten in

itinere reficiendo, de aqua cottidiana et aestiva, de rivis, de fonte, de fonte reficiendo, de cloaca privata, Ne vis fiat aedificanti (v.: aut per te stat, quo minus satisdetur), de arboribus caedendis, de glande legenda, de migrando.

81) A. a. O. S. 232.

82) Es sind dies die interdicta Ut via publica ire agere liceat, de via publica reficienda, Ut in flumine publico navigare liceat, de ripa munienda. Vgl. über dieselben oben §. 1835 Ziffer 8 Thl. 1 S. 54.

den Voraussetzungen nie. Natürlich muß diese im Falle der Stellvertretung festgehalten werden; dies geschieht, indem statt des schematischen ille oder is der Principal genannt, und die schematische zweite Person unter Bezeichnung eben des Principals in die dritte umgewandelt wird, also z. B.:

Quo quave Aulo Agerio (d. i. dem Principale) mortuum inferre invito te ius est etc.

Quo itinere actuque, q. d. a., Aulus Agerius hoc anno n. v. n. cl. n. pr. a Numerio Negidio usus est, quo minus ita utatur etc.

Wie Schmidt[83]) höchst scharfsinnig bemerkt hat, findet diese Annahme ihre Bestätigung durch l. 13 pr. D. de O. N. N. 39, 1:

(*Julian.* lib. 41. dig.) Cum procurator opus novum nuntiat et satisdat rem ratam dominum habiturum, et remissio in domini personam confertur.

Das will sagen: in dem fraglichen Falle ergeht das schematische Remissionsinterdict:

Quod ius sit illi prohibere, ne se invito fiat, in eo nuntiatio teneat. ceterum nuntiationem missam facio —

in concreter Fassung auf den Namen des Principals:

Quod ius sit Aulo Agerio (domino) prohibere, ne etc.[84])

Schmidt[85]) vermuthet, daß ein dem Stellvertreter gegenüber ausgesprochenes prohibitorisches Interdict etwa den Zusatz erhalten habe: quod tu, procurator, illi [sc. domino] renunties. Schwerlich jedoch durfte die Wir-

83) Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts von Bekker und Muther Bd. 4 S. 221 N. 19.

84) Burckhard in diesem Commentar Serie der Bücher 39 und 40 Thl. 1 S. 316 f.

85) A. a. O. S. 232 N. 24.

kung des Interdicts für wie gegen den Principal von der Befolgung dieses Befehls zur Mittheilung an den Principal abhängen. Trat aber jene Wirkung kraft des Vertretungsverhältnisses ohne weiteres ein, so erscheint dieser Befehl ganz überflüssig.

Was endlich die interdicta duplicia im Falle der Stellvertretung anlangt, so dürfte die nach beiden Seiten hin unpersönliche Fassung des Utrubi auf „utrubi“ und „ab altero“ eine Abänderung unnöthig gemacht haben. Beim Uti possidetis dagegen wird die edictsmäßige Anrede an die Parteien: „Uti eas aedes nec vi nec clam nec precario alter ab altero possidetis, quo minus ita possideatis“ etwa so umgestaltet worden sein:

„Uti eas aedes Aulus Agerius et Numerius Negidius nec vi nec clam nec precario alter ab altero possident, quo minus ita possideant.“

87. Nicht selten mußte der Ertheilung eines Interdictes eine förmliche causae cognitio vorausgehen, d. h. eine Entscheidung des Magistrates auf contradictorische Verhandlung und nach vorgängiger Beweisführung.

So trat nach allgemeinen Grundsätzen eine solche da ein, wo die Gewährung des Interdictes eine in integrum restitutio gegen den Verlust des Anspruchs auf ein edictsmäßiges Interdict voraussetzte: die Prüfung der iusta causa restitutionis bildete den Gehalt dieser cognitio. [86])

86) Hierher gehört der Fall, wo die in integrum restitutio sich verwirklicht durch denegatio einer an sich begründeten unständigen exceptio, z. B. der exceptio, si de ea re interdictum non est, beim interdictum de homine libero exhibendo wegen Collusion des frühern Interdictenklägers. L. 3 §. 13 D. de hom. lib. exh. 43, 29 (s. unten Ziffer 88 nach N. 37). Zur abermaligen Ertheilung dagegen dieses Interdicts ohne jene exceptio in dem Falle, wo der verurtheilte Impetrat die litis aesti-

Nicht minder war eine causae cognitio erforderlich, wo es sich darum handelte, mit Rücksicht auf den Einzelfall ein interdictum utile zu ertheilen, welches nicht bereits in der Praxis zu einem feststehenden geworden war, oder gar ohne Muster ein Interdict zu construiren. Ebenso, wenn der Impetrat eine im Edicte nicht proponirte exceptio begehrte. [87])

Ferner mußte bei Popularinterdicten eine causae cognitio darüber stattfinden, welchem von mehreren gleichzeitig auftretenden Impetranten das Interdict zu gewähren sei. [88]) Auch veranlaßte der dem Prätor aufstoßende Ver-

matio gezahlt hat, statt den widerrechtlich von ihm festgehaltenen Freien loszulassen, bedarf es keiner in integrum restitutio und auch sonst keiner causae cognitio. Hält der Impetrat den Freien in der That nicht mehr fest, so wird er im Verfahren aus dem wiederholten Interdicte nothwendig freigesprochen; andernfalls liegt alia res vor, nämlich die Fortsetzung der verbrecherischen Freiheitsberaubung, zu welcher sich der Impetrat selbstverständlich die Befugniß nicht erkaufen kann: die litis aestimatio bildet hier nicht, etwa wie gegenüber einer siegreichen rei vindicatio, eine Entschädigung für das Ausbleiben derjenigen Leistung, welche eigentlich hätte erbracht werden sollen, sondern eine Strafe. S. oben §. 1835 Ziffer 7 Thl. 1 S. 49. Demnach beeinträchtigt selbst die eingerückte exceptio die Wirkung des wiederholten Interdictes nicht; ist die Sachlage in iure klar, so wird sie natürlich denegirt: und dies ist sicher der regelmäßige Fall.

87) Gai. IV, 118: Exceptiones autem alias in edicto praetor habet propositas, alias causa cognita accommodat. S. l. 1 §. 6 D. ne quid in flum. publ. 43, 13 (oben §. 1837a Ziffer 74 Thl. 1 S. 473.

88) L. 3 §. 12 D. de hom. lib. exh. 43, 29. vbd. mit l. 2 D. de pop. act. 47, 23. Vgl. oben §. 1835 Ziffer 7 Thl. 1 S. 43 und Ziffer 8 N. 44 S. 57).

dacht, der Impetrat werde colludiren, oder umgekehrt, derselbe chicanire, zu einer Prüfung der Verdachtsgründe, zwecks der Verweigerung eines solchen Interdicts, falls sie erwiesen würden. [89])

Mannigfachen Grund zur causae cognitio bietet das interdictum de liberis ducendis. Sie ist hier stets erforderlich, wenn die Person, um deren Hauskindeigenschaft gestritten wird, weiblichen Geschlechtes oder unmündig oder doch kaum mündig ist. Im Falle ihrer Unmündigkeit soll der Magistrat untersuchen, ob nicht mit Rücksicht auf die Persönlichkeit des angeblichen Gewalthabers einerseits und des Vertreters der Gewaltfreiheit des Kindes anderseits der Rechtsstreit zum Besten des Kindes besser bis auf dessen Mündigkeit verschoben werde. [90]) Giebt er gemäß

89) L. 3 cit. §. 10 D. de hom. lib. exh. 43, 29 (s. oben Thl. 1 S. 57 N. 44).

90) L. 3 §. 4 D. de lib. exh. 43, 30: (Ulp. lib. 71. ad ed.) Julianus ait, quotiens id interdictum [sc. de liberis ducendis l. 3 pr. eod.] movetur de filio ducendo vel cognitio, et is, de quo agitur, impubes est, alias differri oportere rem in tempus pubertatis, alias repraesentari: idque ex persona eorum, inter quos controversia erit, et ex genere causae constituendum est. nam si is, qui se patrem dicit, auctoritatis prudentiae fidei exploratae esset, [usque in diem litis impuberem apud se habebit *del.* M.] is vero, qui controversiam facit, humilis calumniator notae nequitiae, repraesentanda cognitio est. item si is, qui impuberem negat in aliena potestate esse, vir omnibus modis probatus, tutor vel testamento vel a praetore datus pupillum, quem in diem litis apud se habuit, tuetur, is vero, qui patrem se dicit, suspectus est, quasi calumniator, differri litem non oportebit. si vero utraque persona suspecta est aut tamquam infirma aut tamquam turpis, non erit alienum, inquit, disponi, apud quem interim puer edu-

dieser Untersuchung das Interdict sofort, so soll er Sorge dafür tragen, daß das Kind bis zur Entscheidung des Streites sich unter angemessener weiblicher Obhut befinde; und eben diese Pflicht liegt ihm ob gegenüber einem Frauenzimmer und gegenüber einem eben mündigen Knaben.[91]) Eine causae cognitio ist bei diesem Interdicte ferner erforderlich, wenn impetrantischerseits ein Procurator auftritt: dies wird hier nur aus zwingenden Gründen gestattet.[92])

Als weitere Einzelfälle, in denen eine causae cognitio eintritt, seien hier noch angeführt die Verhandlung über die cautio damni infecti gegenüber dem interdictum de cloaca privata,[93]) sowie über die Ertheilung des interdictum Quod vi aut clam an einen nicht ausdrücklich be-

ceretur, et controversiam in tempus pubertatis differri, ne per collusionem vel imperitiam alterutrius contendentium aut alienae potestati pater familias addicatur, aut filius alienus [familias *scr.* M.] patris familiae loco constituatur. — Im vorletzten Satze will Mommsen das „non" zwischen „litem" und „oportebit" streichen, m. E. zuwider nicht nur dem Sinne, sondern auch der Construction, die einerseits mit „item" zu Eingange des Satzes einen Gegensatz zum vorigen ausschließt, anderseits mit „si vero" zu Eingange des folgenden Satzes diesen in Gegensatz zu dem Vorhergehenden stellt.

91) L. 3 §. 6 eod.: In hoc interdicto, donec res iudicetur, feminam, praetextatum eumque, qui proxime praetextati aetatem accedet, interim apud matrem familias deponi praetor iubet. proxime aetatem praetextati accedere eum dicimus, qui puberem aetatem nunc ingressus est. cum audis matrem familias, accipe notae auctoritatis feminam.

92) L. 40 pr. D. de proc. 3, 3. S. oben §. 1833 Ziffer 3 Thl. 1 S. 28 N. 65.

93) L. 1 pr. i. f. §. 14 D. de cloac. 43, 23. S. oben §. 1837a Ziffer 73 Thl. 1 S. 468 f. N. 35.

vollmächtigten Haussohn, mag derselbe das Interdict suo nomine, nämlich wegen Nichtachtung eines von ihm selbst eingelegten Widerspruchs, begehren, oder patris nomine.[94])

Unter Umständen mußte der Impetrant vor Ertheilung des Interdicts den Calumnieneid leisten, z. B. bei dem Interdicte auf Gestattung der Ausgrabung eines Schatzes.[95])

So begreift es sich, daß auch dem Erlasse eines Interdictes mitunter mehrere Termine in iure vorangingen. In der That erwähnen die Quellen der dilatio reo ante interdictum redditum data, und zwar bei dem prohibitorischen interdictum de itinere actuque privato, obwohl gerade dieses infolge selbst eines geringen Aufschubes leicht der Verjährung unterlag, gegen welche dann freilich Restitution gewährt wurde.[96]) Möglicherweise freilich war es wenigstens bei den prohibitorischen Interdicten, aus denen nur per sponsionem geklagt werden konnte, für den Beklagten weniger dringend, als bei actiones, zwecks gehöriger Instruction einer exceptio Frist zu erhalten, sofern nämlich eine bei Erlaß des Interdictes selbst etwa versäumte exceptio sich hinterher noch der sponsio oder der actio ex sponsione einfügen ließ.[97]) Allein keinesfalls kann dies für die gebietenden Interdicte als zutreffend gelten: man hätte sonst dem Impetraten die Möglichkeit gefährdet, unmittelbar nach Erlaß des Interdictes die arbitraria actio zu erbitten. Und hinsichtlich anderweiter An-

94) S. oben §. 1835 Ziffer 10 Thl. 1 S. 67.

95) L. 15 D. ad exhib. 10, 4. S. oben §. 1836c Ziffer 57 N. 42 Thl. 1 S. 330.

96) L. 1 §. 10 D. de it. actuq. priv. 43, 19 (s. oben Ziffer 86 S. 46). v. Keller röm. Civilpr. §. 74 N. 863.

97) Schmidt a. a. O. S. 233. Vgl. übrigens auch unten §. 1838b Ziffer 91 zu N. 5.

stände vor Erlaß des Interdictes war zweifellos auch bei prohibitorischen Interdicten eine sorgfältige Erledigung unumgänglich. Allerdings ist gerade bei diesen Interdicten im ganzen dem Impetranten eine Beschleunigung des Erlasses deshalb besonders wünschenswerth, weil das in ihnen ausgesprochene Verbot erst für die Zukunft wirkt; ja, das interdictum Ne quid in loco publico fiat, kann völlig werthlos werden, wenn während eines vielleicht nur geringen Aufschubs das opus, welches durch das Interdict verhindert werden sollte, bereits ausgeführt ist;[98]) und das Utrubi kehrt sich sogar wider denjenigen, der es zuerst beantragt hat, wenn vor seinem Erlasse der Gegner den fehlerfreien Besitz solange fortsetzt, daß nunmehr er, und nicht jener, maiore parte anni besessen hat. Soweit indessen hier der Impetrant nicht durch eigne Aufmerksamkeit und Thatkraft sich zu sichern vermochte, insbesondere also bei den eben genannten Interdicten, wird der Prätor sich ohne Zweifel bereit gefunden haben, mittels einstweiliger Verfügungen zu helfen, wie er bei dem interdictum de itinere actuque privato durch Restitution half. Er wird also auf Antrag des Impetranten gegenüber dem an sich begründeten Fristgesuche des Impetraten beim interdictum Ne quid in loco publico fiat jedes opus des Letztern in loco publico bis auf weiteres unbedingt untersagt haben;[99]) beim Utrubi aber lag die sichernde Maßregel darin, daß er die Uebergabe der

98) Schmidt a. a. O. S. 234.

99) Vgl. l. 5 pr. D. de H. P. 5, 3. l. 17 §. 2 D. de dol. m. exc. 44, 4 und dazu Francke Commentar über den Pandectentitel de hered. pet. S. 19 ff. Es dürfte übrigens kaum Bedenken haben, auch im Falle des Textes dem Impetraten zu gestatten, durch genügende Caution dieses Verbot ebenso abzuwenden, wie er das Veräußerungsverbot im Falle der l. 5 pr. cit. abzuwenden vermag.

Streitsache zu juristischem Besitze an einen Sequester verfügte, dessen Besitzzeit alsdann weder der einen noch der andern Partei angerechnet wurde. [100])

88. War nach kürzerer oder längerer Verhandlung in iure festgestellt worden, daß der Prätor ein Interdict zu ertheilen bereit sei, und in welcher Fassung er dies thun werde, so hatte sich nunmehr der Impetrant endgültig darüber zu erklären, ob er eben dieses Interdict in der angebotenen Fassung begehre. Sein, dem Erlasse des Interdictes unmittelbar vorhergehender, endgültiger Antrag auf jenen Erlaß erfolgte unter genauer Bezeichnung der vom Prätor in Aussicht gestellten Fassung des Interdictes und heißt darum, offenbar in einem technischen Sinne, edere interdictum, völlig entsprechend dem bekannten endgültigen edere actionem, welches zwecks der Litiscontestation geschah. [1])

L. 3 D. h. t. 43, 1 = l. 1 §. 40 D. de vi 43, 16:

(*Ulp.* lib. 69. ad ed.) In interdictis exinde ratio habetur fructuum, ex quo *edita* sunt, non retro.

L. 8 D. de prec. 43, 26:

(Id. lib. 71. ad ed.) §. 4: Ex hoc interdicto restitui

100) Diese überaus scharfsinnige Bemerkung ist das Verdienst Rudorffs Anm. Nr. 87 zu v. Savignys Recht des Besitzes S. 665 f. Bekker das Recht des Besitzes S. 180 hat sie allerdings nicht verstanden. Entsprechend wird natürlich auch derjenige, welcher den thatsächlichen Besitzer mit dem Utrubi angreifen wollte, sich auf vertragsmäßige Fristbewilligung durch vadimonium verständigerweise nur dann eingelassen haben, wenn dieser auf eine derartige Sequestration einging.

1) O. E. Hartmann röm. Gerichtsverfassung S. 461 ff. Wlassak die Litiscontestation im Formularprozeß S. 42 ff.

debeat in pristinam causam: quod si non fuerit factum, condemnatio in tantum fiet, quanti interfuit actoris ei rem restitui ex eo tempore, ex quo *interdictum editum* est: ergo et fructus *ex die interdicti editi* praestabuntur. — §. 6: Et generaliter erit dicendum in restitutionem venire dolum et culpam latam dumtaxat, cetera non venire. plane post *interdictum editum* oportebit et dolum et culpam et omnem causam venire: nam ubi moram quis facit precario, omnem causam debebit constituere.

L. 2 §. 4 D. quod legat. 43, 3:
(*Paul.* lib. 63. ad ed.) Si per legatarium factum sit, quo minus satisdetur, licet cautum non sit, tenetur interdicto . sed si forte factum sit per legatarium, quo minus satisdetur, eo autem tempore, quo *editur interdictum*, satis accipere paratus sit, non competit interdictum, nisi satisdatum sit . item si per bonorum possessorem stetit, quo minus satisdaret, sed modo paratus est cavere, tenet interdictum: illud enim tempus inspicitur, quo *interdictum editur*.

Weil auf dieses edere interdictum der Erlaß des Interdictes alsbald [2]) erfolgt, so wird die zwecks der Er-

2) Während der editio actionis i. d. S. noch die editio exceptionum u. s. w. folgen konnte, bevor es zur endgültigen Feststellung der formula actionis kam (Hartmann a. a. O. S. 466 f.), schloß sich der editio interdicti der Erlaß des Interdicts wahrscheinlich ganz unmittelbar an. Enthielt nämlich das interdictum editum selbstverständlich die ständigen exceptiones, so scheint es gewiß allein passend, daß es auch die unständigen in sich aufnahm, deren begehrte Einrückung in der vorgängigen Verhandlung vom Prätor zugesichert worden war: es läge etwas Ungehöriges darin, wenn der Impetrat dem Prätor die Einschränkungen förmlich vorzeichnen würde, unter denen

wirkung des Interdictes stattfindende Thätigkeit des Impetranten häufig geradezu als interdicere bezeichnet;[3]) während anderseits mit völlig gleicher Bedeutung das Dasein der Voraussetzungen des Interdictes bald für den Augenblick des interdictum editum erfordert wird, z. B. in l. 2 §. 4 D. quod legat. 43, 3 cit., bald für denjenigen, quo interdictum redditur, wie bei Gai. IV, 166a:

> iudex, apud quem de ea re agitur, illud scilicet requirit, [*quod*] praetor interdicto conplexus est, id est uter eorum eum fundum easve aedes per id tempus, quo interdictum redditur, nec vi nec clam nec precario possederit —;

dieser einen Befehl gegen ihn erlassen sollte. Bei den exceptiones actionum handelt es sich um Einschränkungen der Condemnationsanweisung an den Geschwornen.

3) So nach der Zusammenstellung bei Schmidt a. a. O. S. 219 N. 4 interdicere adversus aliquem (l. 1 §. 11 D. de it. actuq. priv. 43, 19. l. 7 §. 1 i. f. D. quod vi 43, 24), cum aliquo (l. 1 §. 13 D. de vi 43, 16. l. 3 §. 6 D. uti poss. 43, 17), alicui (l. 2 §. 43 D. ne quid in loco publ. 43, 8 nach der die Florentina ergänzenden Lesart), interdicere absolut (l. 3 §. 5 D. ad exh. 10, 4. l. 3 §. 6 D. de tab. exh. 43, 5. l. 6 D. ne quid in loco publ. 43, 8. l. 1 §. 2 D. de via publ. 43, 11. l. 1 §. 22 D. de aq. cott. 43, 20. l. 1 §. 4 D. de migr. 43, 32). Ich füge hinzu l. 1 §. 34 init. D. de aq. cott. 43, 20. Gromatici veteres ex rec. Lachm. p. 36 v. 13 sqq. p. 44 v. 4 sq. (Frontin.) p. 63 v. 12 sqq. p. 74 v. 29 sq. (Agennius Urbicus) Quintil III, 6, 71. S. v. Bethmann-Hollweg röm. Civilpr. Bd. 2 S. 347 N. 11. Dagegen läßt sich in l. 5 D. de lib. exh. 43, 30 das in aliquem interdici, und in l. 7 §. 1 med. D. quod vi 43, 24 das aliquo interdici m. E. auch von dem Erlasse des Interdictes seitens des Prätors verstehen; ebenso das zweimalige absolute interdici in l. 1 §. 34 i. f. D. de aq. cott. 43, 20.

und die Wirkungen, welche der Erlaß des Interdictes auf das materielle Verhältniß der Parteien ausübt, bald, wie in l. 8 §. 6 D. de prec. 43, 26 cit., auf den Augenblick des interdictum editum, bald auf denjenigen des interdictum redditum zurückgeführt werden, wie in l. 14 §. 11 D. de furt. 47, 2.

Ulp. lib. 29. ad Sabin.: Is, qui precario servum rogaverat, surrepto eo potest quaeri, an habeat furti actionem. et cum non est contra eum civilis actio (quia simile donato precarium est), ideoque et interdictum necessarium visum est, non habebit furti actionem . plane post ***interdictum redditum*** puto eum etiam culpam praestare et ideo et furti agere posse. [4])

Auch dieses entspricht der unbestrittenen Gleichbedeutung der Ausdrücke actionem oder iudicium edere, dictare auf der einen und iudicium accipere oder litem contestari auf der andern Seite. [5])

Nicht minder genau entsprechen jene Wirkungen selbst, welche der Erlaß des Interdictes für das materielle Verhältniß der Parteien hervorruft, den Wirkungen der Litis-

4) Deshalb ist es ganz einerlei, ob man in l. 1 §. 3 D. de it. actuq. priv. 43, 19 hinter „ex die interdicti" ergänzt „editi" oder „redditi." S. oben §. 1837b Ziffer 78 Thl. 1 S. 508.

5) S. z. B. l. 15 D. de auct. tut. 26, 8. l. 29 D. de novat. 46, 2 u. s. w. S. Keller über Litiscontestation u. s. w. S. 54 ff. In dem gleichen Sinne kommt auch iudicium reddi vor in l. 76 D. de proc. 3, 3, wie ich einer Notiz O. E. Hartmanns entnehme. Dagegen ist actionem in aliquem reddere bei Gai. IV, 71 und iudicia in aliquem reddere in l. 7 D. de incend. 47, 9 gleichbedeutend mit actionem, iudicium in aliquem dare in allgemeinem Sinne.

contestation auf das der actio zugrunde liegende Verhältniß. [5a])

Zunächst ist es für die Wirksamkeit eines Interdictes überhaupt gerade so entscheidend, daß seine sämmtlichen Voraussetzungen im Augenblicke des interdictum editum vorliegen, wie die Wirksamkeit einer actio davon abhängt, daß ihre intentio sich für den Augenblick der litis contestatio als wahr erweiset. [6])

Der Erlaß des Interdictes steigert die Haftpflicht des Impetraten in gleicher Weise, wie die Litiscontestation diejenige des Beklagten steigert; insbesondere haftet der

5a) So schon Bethmann-Hollweg Gerichtsverfassung §. 37 S. 393 zu N. 24 unter Berufung auf l. 3 D. h. t. l. 1 §. 40 D. de vi 43, 16. l. 8 §§. 4. 6 D. de prec. 43, 26. l. 14 §. 11 D. de furt. 47, 2 (s. N. 7). Ebenso röm. Civilpr. Bd. 2 §. 98 S. 363 zu N. 98 ff., wo weiter angeführt werden Gai. IV. 150. 166 cf. 160. Fest. s. v. possessio M. p. 233. Paul. V, 6, 1. L. 1 §. 2 D. de itin. 43, 19. l. 2 §. 4 D. quod legat. 43, 3 (s. N. 6). A. M. Schmidt a. a. O. S. 337, „weil jede einzelne, auf Grund des Interdicts zu ertheilende actio ihre eigene litis contestatio hatte, dagegen der Erlaß des Interdicts nicht zur actio im eigentlichen Sinne gehörte, sondern lediglich bestimmt war, die obligatio zu begründen."

6) S. einerseits Gai. IV, 150: eum potiorem esse praetor iubet, qui eo tempore, quo interdictum redditur, nec vi nec clam nec precario ab adversario possideat. 166a: (s. oben S. 61) cf. §. 160: uti nunc possidetis —. Fest. s. v. possessio. Paul. V, 6, 1: is potior est, qui redditi interdicti tempore n. v. n. cl. n. pr. ab adversario possidet. l. 2 §. 4 D. quod leg. 43, 3 (s. oben S. 60) cf. l. 1 §. 2 D. de itin. 43, 19: — licet eo tempore, quo interdictum redditur, usus non sit; — und anderseits Arndts Pand. §. 113 Anm. 4 unter a und c.

Impetrat spätestens ex interdicto reddito für fructus und für omnis causa. [7])

Wie die Haftung mit einer actio noxalis erlischt, wenn der Sclav oder das Thier, welche sie veranlassen, ante litem contestatam aufhören, Eigenthum des ihr Ausgesetzten zu sein, so wird der Eigenthümer eines Sclaven von der Haftung mit einem interdictum noxale befreit, wenn er das Eigenthum an demselben ante interdictum redditum verliert; und umgekehrt entscheidet für die Anwendung des Satzes: „noxa caput sequitur“ dort der Augenblick der Litiscontestation, hier derjenige des interdictum redditum. [8])

Die Verjährung von actiones temporales wird im classischen Rechte unterbrochen durch die litis contestatio, die Verjährung von interdicta temporalia durch Erlaß des Interdicts. [9]) Gerade in Beziehung auf diese Wirkung tritt die Parallele zwischen der litis contestatio und dem interdictum redditum insofern auch äußerlich hervor, als dieselbe in den formulae vieler actiones annales einerseits und in denjenigen der interdicta fraudatorium und Quod vi anderseits übereinstimmend mit der Clausel bezeichnet wird: „si non plus quam annus est, cum experiundi

7) S. einerseits l. 3 D. h. t. l. 1 §. 40 D. de vi 43, 16. l. 8 §§. 4. 6 D. de prec. 43, 26 (oben S. 59 f.) l. 14 §. 11 D. de furt. 47, 2 (oben S. 62), anderseits Arndts a. a. O. Anm. 4 unter b. Vgl. unten §. 1838e Ziffer 103.

8) S. einerseits l. 7 §. 1. l. 14 D. quod vi 43, 24 (s. oben Thl. 1 S. 444 f.), anderseits Arndts a. a. O. Anm. 4 unter d.

9) S. einerseits l. 1 §. 3 D. de it. actuq. priv. 43, 19 (oben §. 1837b Ziffer 78 Thl. 1 S. 507 f.) l. 1 §. 34 D. de aq. cott. 43, 20 (das. S. 510), anderseits Arndts a. a. O. unter e.

potestas est", [10]) welche dort die Möglichkeit der Litiscontestation bezeichnet, hier diejenige, das Interdict zu erwirken.

Nicht ganz so einfach ist die Frage, ob ein an sich unvererbliches Interdict kraft seines Erlasses in gleicher Weise für und gegen die Erben der Betheiligten wirksam wird, wie dies eine unvererbliche actio kraft der Litiscontestation thut.

Für die Erben des Impetranten hat der Erlaß eines jeden gebietenden Interdictes nicht familienrechtlichen Inhalts, mag dasselbe an sich vererblich sein oder nicht, ausnahmslos [11]) die Wirkung, daß sie ohne weiteres zum agere ex interdicto vorschreiten können: ein an sich unvererbliches Interdict, auch ein Popularinterdict, [12]) ist damit also activ vererbt. Der Erlaß eines verbietenden Interdictes dagegen, selbst eines an sich vererblichen, gewährt den Erben des Impetranten grundsätzlich nur dann die Möglichkeit, ohne eine abermalige Erwirkung desselben zum agere ex interdicto vorzuschreiten, wenn das ausgesprochene Verbot bereits vor dem Tode ihres Erblassers verletzt worden ist. Ist dies jedoch geschehen, so ist damit auch ein an sich unvererbliches Interdict, selbst ein Popularinterdict, [12a]) auf den Erben des Impetranten übergegangen.

Die letztere Regel ist indessen nach beiden Seiten hin nicht ausnahmefrei.

10) S. einerseits l. 10 pr. D. quae in fraud. cred. 42, 8. l. 1 pr. und l. 15 §§. 4—6 D. quod vi 43, 24 (oben §. 1837b Ziffer 77 Thl. 1 S. 489 f.); anderseits l. 1 pr. D. quae in fraud. cred. 42, 8. l. 4. Cod. de his, quae vi 2, 19. l. 3. l. 4 pr. §. 8 D. vi bon. 47, 8. l. 1 pr. D. de incend. 47, 9 u. s. w.

11) Vgl. oben §. 1835 Ziffer 12 Thl. 1 S. 85 N. 12.

12) S. oben §. 1835 Ziffer 7 Thl. 1 S. 52.

12a) S. das.

Das interdictum Ne vis fiat ei, qui legatorum servandorum causa missus est, verliert ungeachtet einer dem Impetranten zugefügten vis seine Kraft dann, wenn dieser den Eintritt der Bedingung des Legates nicht erlebt, zu dessen eventueller Sicherung die missio ertheilt worden war: [13]) hier stellt sich ex post facto heraus, daß er in Wahrheit gar nicht geschädigt worden war.

Wo umgekehrt das Legat bereits angefallen ist, folglich auch den Erben des Legatars der Anspruch auf die cautio legatorum gebührt, da werden wir nach Analogie des gleich zu erwähnenden interdictum de migrando aus dem vom erblassenden Legatar bereits erwirkten interdictum Ne vis fiat ei, qui legatorum nomine missus est, dessen Erben den Anspruch auf die cetera ex interdicto auch dann beilegen dürfen, wenn der Impetrat erst ihnen gegenüber jenes Verbot verletzt hat.

Ebenso nämlich wirkt, wie wir schon wissen, [14]) das vom Erblasser impetrirte interdictum de migrando zugunsten seiner Erben auch dann weiter, wenn er selbst am Fortschaffen der Invecten und Illaten aus der frühern Mieth-

13) S. oben §. 1835 Ziffer 12 Thl. 1 S. 88. Das von der Schwangern erwirkte Interdict Ne vis fiat ei, quae ventris nomine missa est, behält dagegen seine Kraft, wenn jene nach erlittener Behinderung stirbt: der ihr erwachsene Ersatzanspruch kann auch von ihren Erben geltend gemacht werden. Vgl. §. 1835 Ziffer 11 Thl. 1 S. 73. Ebenso das interdictum Ne quid in loco publico fiat, qua ex re privato damnum detur, auch in dem Falle, wo das drohende damnum in unvererblichen Verhältnissen beruht: der dem Erblasser bereits erwachsene Schadensanspruch geht auf die Erben über. Vgl. das. Ziffer 12 S. 90 N. 37.

14) L. 1 §. 6 D. de migr. 43, 32. S. oben §. 1837 Ziffer 67 Thl. 1 S. 391 ff.

wohnung noch gar nicht behindert worden ist. Es beruht dies darauf, daß ganz unabhängig vom interdictum redditum dem Miether der vererbliche Anspruch zusteht, vom Vermiether freie Verfügung über die pfandfreien Inventarstücke zu verlangen.

Und in gleichem Sinne ist auch die active Vererblichkeit zu behaupten für das impetrirte interdictum Ne vis fiat ei, qui damni infecti in possessionem missus est. Soweit der Erbe des missus als solcher den Anspruch auf die cautio damni infecti und folgeweis bei deren Nichtleistung auf die missio damni infecti hat, [15]) m. a. W. soweit ihm unabhängig vom Interdicte der Anspruch zusteht, in dem ungehinderten in possessione esse bezw. possidere der die Cautionspflicht tragenden Grundstücke Ersatz für die mangelnde Caution zu finden, soweit vererbt sich dieser Anspruch auch in der ihm durch das interdictum redditum vorgezeichneten Form.

Eine weitere Ausnahme ist uns schon begegnet beim interdictum Ne vis fiat aedificanti. [15a]) Mittels der cautio ex operis novi nuntiatione hat sich der Nuntiat bis zur Entscheidung über das Verbietungsrecht des Nuntianten die Befugniß zum Weiterbauen verschafft; das genannte Interdict dient zu deren Schutze. Da jene Befugniß auf den Erben des Nuntiaten übergeht, so beruht dessen Anspruch, im Weiterbauen nicht gehindert zu werden, sachlich nicht blos auf dem Erlasse dieses Interdictes; und eben deshalb vererbt jener Anspruch auch mittels des Anrechts auf die sponsio ex interdicto reddito.

15) Also namentlich, soweit er nicht etwa das Eigenthum an dem bedrohten Grundstücke oder an den auf diesem befindlichen Mobilien verloren hat, sei es infolge eines ihm auferlegten Eigenthumsvermächtnisses, sei es infolge einer von ihm vorgenommenen Veräußerung.

15a) S. oben §. 1837b Ziffer 77 Thl. 1 S. 494 f. zu N. 10c ff.

Endlich wird eine Ausnahme anzuerkennen sein beim interdictum Salvianum. Dieses diente vor Aufstellung der Serviana in rem actio ausschließlich, und später in Auswahl neben jener Klage zur gerichtlichen Geltendmachung des Pfandrechtes: wie nun das Pfandrecht sich vererbt, so beruht der Anspruch des Erben, das ihm verpfändete Inventarstück in Besitz zu nehmen, ebenfalls sachlich nicht erst auf dem Erlasse des Salvianum; deshalb kann auch der Erbe auf Grund des vom Erblasser erwirkten Interdictes die cetera ex interdicto fordern.

Man möchte geneigt sein, die nämliche Vererblichkeit noch für einige andere prohibitorische Interdicte anzunehmen, namentlich für die interdicta de arboribus caedendis und de glande legenda, insofern es so scheinen könnte, als ob die mittels dieser Interdicte geschützten Ansprüche völlig unabhängig von den Interdicten beständen. Nähere Betrachtung jedoch zeigt das Trügerische jenes Scheines. Gewiß braucht sich der Eigenthümer eines Gebäudes den Ueberhang vonseiten des Nachbarn überhaupt nicht gefallen zu lassen, und der Eigenthümer eines andern Grundstückes braucht dies immerhin nur quindecim pedes a terra altius zu thun; nicht minder kann der Eigenthümer eines Baumes dessen auf ein fremdes Grundstück gefallene Früchte als sein Eigenthum mittels der rei vindicatio und der actio ad exhibendum in Anspruch nehmen. Allein nicht diese Ansprüche als solche sind es, welche durch die genannten Interdicte geltend gemacht werden, sondern darüber hinausgehende. Mit den interdicta de arboribus caedendis fordert der Impetrant keineswegs, daß der Nachbar den Ueberhang beseitige; vielmehr verlangt er, diesen Ueberhang ungehindert selbst beseitigen und sich aneignen zu dürfen; und das interdictum de glande legenda will nicht Herausgabe des Ueberfalls erzwingen, sondern die Gestattung,

denselben tertio quoque die auf dem Nachbargrundstücke aufzulesen.

Abgesehen also von den interdicta de migrando und Ne vis fiat ei, qui legatorum nomine und qui damni infecti missus est, Ne vis fiat aedificanti und Salvianum erlischt die Wirkung eines prohibitorischen Interdictes, wenn der Impetrant stirbt, bevor der Impetrat durch ein Zuwiderhandeln eine unbedingte Haftung begründet hat. Allerdings erzeugt die Zusage eines Unterlassens ein beiderseits vererbliches vinculum iuris, mag dieselbe mit der Zusage einer positiven Leistung für den Fall des Zuwiderhandelns ausdrücklich verbunden sein, oder mag sich die Verpflichtung zu einer solchen Leistung, nämlich zur Leistung des Interesse, für eben diesen Fall gemäß der Natur der Zusage eines non facere von selbst verstehen.[16]) Das in der Form eines prohibitorischen Interdictes[17]) ergehende obrigkeitliche Verbot dagegen eines gewissen Handelns bindet als solches einerseits lediglich denjenigen, an den es ergangen ist, so daß erst die aus dem Zuwiderhandeln erwachsene positive Verpflichtung auf die Erben des Impetraten übergeht;[17a]) anderseits gewährt es dem Impetranten

16) L. 38 pr. D. de V. O. 45, 1. S. meine Anzeige von Rümelin die Theilung der Rechte, in Göttinger gelehrte Anzeigen 1883 S. 826.

17) Die Römer nahmen dasselbe wohl auch bei dem richterlichen Verbote künftiger Störung in der negatoria und confessoria actio an; eben deshalb schrieben sie eine cautio de non amplius turbando vor. l. 12. l. 7 D. si serv. 8, 5.

17a) Dies ist wohl auch die Ansicht Schmidts a. a. O. S. 250. A. M. Witte das interdictum Uti possidetis S. 124, welcher für die unbedingte Wirkung des interdictum prohibitorium redditum sich beruft auf l. 1 §. 10 D. ne quid in flum. publ. 43, 13. S. dagegen oben

lediglich die Aussicht, keineswegs aber ein, wennschon nur bedingtes, ius quaesitum auf die cetera ex interdicto: ein vererblicher Anspruch hierauf ist erst mit der Verletzung des Verbotes vorhanden.

Damit haben wir bereits den Grundsatz für die Wirkung ausgesprochen, welche der Erlaß eines prohibitorischen Interdicts für die Erben des Impetraten äußert: erst dann, wenn der Erblasser selbst zur sponsio ex interdicto hätte genöthigt werden können, kann auch sein Erbe dazu genöthigt werden.

Lex Rubria c. 22. lin. 34 sqq.: — aut, sei sponsionem fierei oportebit, sponsionem non faciet [*aut*] non restituet — lin. 45 sqq.: praetor in eum *et in heredem eius* — ita ius deicito decernito eosque duci bona eorum possideri proscreibeive veneireque iubeto, ac sei is *heresve eius* de ea re in iure apud eum praetorem — neque se iudicio, utei oportuisset, defendisset. [18])

Auch hier aber sind zunächst die uns schon bekannten Ausnahmen der interdicta de migrando [18a]) und Ne vis fiat ei, qui legatorum nomine missus est, [19]) zu verzeichnen. Wohl nicht minder bilden solche Ausnahmen die interdicta Ne vis fiat ei, qui damni infecti missus est,

§. 1837 Ziffer 67 Thl. 1 S. 388. Der nämlichen Meinung wie Witte scheint Burckhard in diesem Commentar Serie der Bücher 39. und 40. Thl. 2 S. 579 f., wo freilich ausdrücklich nur vom interdictum Ne vis fiat ei, qui damni infecti nomine missus est, die Rede ist. Aber gerade die Hervorhebung der im Texte als Ausnahmen dargestellten Vererbungsfälle in den Quellen beweist, daß Vererbung die Regel nicht bildete.

18) Vgl. unten §. 1838a Ziffer 90 N. 48 ff.

18a) S. oben §. 1837 Ziffer 67 Thl. 1 S. 391 f.

19) S. das. S. 393 ff.

Ne vis fiat aedificanti und Salvianum, — das erste, sofern die Verpflichtung, cautio damni infecti zu bestellen, mit dem Eigenthume des gefahrdrohenden Grundstücks oder einem vererblichen dinglichen Rechte an demselben auf den Erben übergeht; [20]) das zweite, weil die kraft der cautio ex operis novi nuntiatione begründete Pflicht des Nuntianten, einstweilen das Weiterbauen zu gestatten, sich vererbt; [20a]) endlich das Salvianum, weil die vom Pächter an seinem Wirthschaftsinventare vorgenommene Pfandgebung auch seine Erben bindet.

Der Erlaß eines gebietenden Interdictes bindet den Erben des Impetraten stets. Soweit jedoch die Passivlegitimation auf einem habere oder possidere beruht, wird hier die Behandlung des beklagtischen Erben bei einer gegen den Erblasser bereits zur Litiscontestation gediehenen rei vindicatio gelten müssen. Wenn also der Besitz oder die Innehabung, worauf die Haftung mit dem Interdicte beruht, beim Erben des Impetraten nicht vorhanden ist, und derselbe nicht etwa dieses Nichtvorhandensein verschuldet hat, so wird er aus der sponsio ex interdicto nicht haften. [21]) Und wenn jener Besitz oder jene Innehabung bei ihm in solidum vorliegt, wird er doch nie auf mehr als seinen Erbtheil haftbar sein. [22]) Für den dolus des Erblassers dagegen, insbesondere auch dafür, daß dieser dolo malo fecit, quo minus haberet oder possideret, haftet der Erbe pro rata hereditaria, [23]) für seinen eignen in solidum. [24])

Wir sehen also, daß der Erlaß eines gebietenden

20) Vgl. oben S. 67.
20a) S. Burckhard in diesem Commentar Serie der Bücher 39. und 40. Thl. 1 S. 431 f.
21) Arg. l. 42. l. 51 D. de R. V. 6, 1.
22) Arg. l. 2 §. 2 i. f. D. de stip. praet. 46, 5.
23) Arg. l. 42 cit. D. de R. V. 6, 1. vgl. l. 52 eod.
24) Arg. l. 51 cit. eod.

Interdictes dessen Wirkung für und gegen die Erben der Betheiligten auch dann überträgt, wenn dasselbe an sich unvererblich ist, mithin in dieser Hinsicht die nämliche Kraft übt, wie die Litiscontestation bei einer unvererblichen actio. Anders dagegen wenigstens grundsätzlich bei prohibitorischen Interdicten: hier tritt die Vererbung nur dann ein, wenn dem Erlasse des Verbotes bereits eine Uebertretung desselben durch den Impetraten gefolgt ist. Diese Verschiedenheit erklärt sich aus der uns schon bekannten Eigenthümlichkeit der prohibitorischen Interdicte, daß ihr Erlaß irgend ein dem Verbote zuwiderlaufendes Geschehniß durchaus nicht voraussetzt, daß sie vielmehr grundsätzlich lediglich auf die Zukunft wirken wollen, während eine auf ein Verbot abzweckende actio, z. B. die negatoria in rem actio, erst dann nata ist, wenn mindestens ein wörtliches Bestreiten des klägerischen Rechtes oder die Behauptung eines Eingriffsrechtes seitens des Beklagten vorhergegangen ist.

Gilt auch der Satz, daß, „wer, als vermeintlicher Besitzer belangt, den Kläger täuschend auf die Klage sich einläßt, als ob er wirklich besitze, qui liti se obtulit, gleich einem wirklichen Besitzer haftet," [25]) sinngemäß für denjenigen, der in solcher Weise ein Interdict gegen sich ergehen läßt? Irre ich nicht, so entspricht die bejahende Antwort der herrschenden Ansicht, [26]) welche diesen Fall der ficta possessio dem andern, bei den gegen den Besitzer oder Inhaber gerichteten Interdicten zweifellos geltenden, Falle derselben, nämlich dem Falle der dolosen Besitzentäußerung [27]) völlig gleichstellt. Demelius [28]) dagegen verneint die Frage

25) Arndts Pand. §. 113 Anm. 4 unter g.
26) Arndts a. a. O. §. 346 Anm. 3 und §. 167 Anm. 2. Windscheid Pand. Bd. 2 §. 474 N. 16 und B. 1 §. 193 N. 8.
27) S. oben §. 1837 Ziffer 58 Thl. 1 S. 333. Ziffer 59 S. 347.
28) Die Exhibitionspflicht S. 196 zu N. 1.

ausdrücklich für die interdicta de tabulis exhibendis, Quod legatorum, Quorum bonorum, sachlich wohl allgemein, insofern er diese Interdicte nur als Beispiele von Rechtsbehelfen anführt, bei denen der dolo desinens possidere für haftbar erklärt wird, eine Erwähnung auch des liti se offerens also nahe genug läge, gleichwohl jedoch sich keine Spur von dessen Haftung finde. Hinsichtlich des Quorum bonorum haben v. Löhr[29]) und Leist[30]) schon früher die verneinende Ansicht damit begründet, daß dasselbe kein petitorisches Rechtsmittel sei. Es ist indessen nicht einzusehen, weshalb nur ein solches die Haftung des liti se offerens zulasse: die Thatsache, daß er in Wahrheit nicht besitzt, liegt doch auch bei dem dolo desinens possidere vor, und trotzdem steht die Haftung des Letztern auch bei solchen possessorischen Interdicten ganz unzweifelhaft fest, deren Fassung nichts davon enthielt.[30a]) Das Interesse aber des Klägers z. B. beim Quorum bonorum, den liti se offerens dafür zur Verantwortung zu ziehen, daß er durch sein Verhalten dem wahren Besitzer Gelegenheit geschaffen hat, mit Nachlaßstücken davon zu gehen, ist schwerlich zu verkennen; und nicht minder ist es bekannt, daß die Römer die, freilich immerhin übrig bleibende, actio de dolo vermeiden, wo es irgend angeht.

Nun ist allerdings die l. 131 D. de R. J. 50, 17,[30b]) auf welche Arndts sich beruft, eine ungenügende Stütze der bejahenden Ansicht: sie begründet, wie Demelius richtig bemerkt, lediglich die Haftung des dolo desinens

29) Arch. für die Civil. Prax. Bd. 12 S. 100 zu N. 56. Magazin für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung von v. Grolmann und v. Löhr Bd. 4 S. 471 zu N. 1.

30) Bonorum poss. Bd. 1 S. 395 f. zu N. 6.

30a) S. oben §. 1837 Ziffer 58 Thl. 1 S. 336 ff.

30b) Paul. lib. 22. ad ed.: Qui dolo desierit possidere, pro possidente damnatur, quia pro possessione dolus est.

possidere. Eine bessere Stütze aber dürfte l. 13 §. 13 D. de H. P. 5, 3 bieten.

Ulp. lib. 15. ad ed. Non solum autem ab eo peti hereditas potest, qui corpus hereditarium possidet, sed et si nihil. et videndum, [31]) si non possidens obtulerit tamen se petitioni, an teneatur . et *Celsus* libro quarto digestorum scribit, ex dolo eum teneri: dolo enim facere eum, qui se offert petitioni . quam sententiam generaliter *Marcellus* apud *Julianum* probat: omnem, qui se offert petitioni, quasi possidentem teneri.

Demelius hat sich das richtige Verständniß dieser Stelle verschlossen durch eine irrige Auslegung der in ihr angeführten Aeußerung des Celsus, welche uns in l. 45 eod. unmittelbar überliefert ist.

Celsus lib. 4. dig.: Qui se liti obtulit, cum rem non possideret, condemnatur, nisi si evidentissimis probationibus possit ostendere, actorem ab initio litis scire eum non possidere: quippe isto modo non est deceptus, et qui se hereditatis petitioni obtulit, ex doli clausula tenetur: aestimari scilicet oportebit, quanti eius interfuit, non decipi.

Der genannte Gelehrte [32]) meint nämlich, Celsus

31) Mommsen schlägt vor zu lesen: sed et si nihil, videndum —, was mir weder zu dem vorhergehenden „non solum“ zu passen scheint, noch zu dem folgenden „si non — an teneatur.“ Das „et si nihil“ geht auf die Fälle des fictus possessor, welche in den §§. 13 und 14 abgehandelt werden, und auf den Fall des quasi iuris possessor, von dem §. 15 handelt. Vgl. Francke Commentar S. 175.

32) A. a. O. S. 193 f. Ebenso auch Pfersche privatrechtliche Abhandlungen (1886) S. 40. S. auch Lammfromm Beiträge zur Geschichte der Erbschaftsklage §. 12 S. 110 ff.

beschränke hier die Haftung des liti se offerens auf die Klage aus der stipulatio indicatum solvi, indem er sie für die hereditatis petitio verneine. In der That jedoch stellt Celsus die Haftung des liti se offerens mit der hereditatis petitio als völlig unbestritten hin. Nur für den Fall schließt er sie aus, wenn Beklagter zu erweisen vermag, daß der Kläger schon bei der Litiscontestation die wahre Sachlage gekannt habe. Denn in diesem Falle sei der Kläger nicht getäuscht worden. Nun aber beruhe die Haftung des liti se offerens, nämlich die Haftung mit der hereditatis petitio, auf der doli clausula der cautio pro praede litis et vindiciarum bezw. der cautio iudicatum solvi, deren Inhalt, wie der Jurist als bekannt voraussetzt, im arbitrium iudicis berücksichtigt wird: es sei hiernach, nämlich bei der hereditatis petitio, abzuschätzen, welchen Nachtheil der Kläger durch den Dolus des Beklagten erlitten habe. Und eben von einer derartigen Benachtheiligung könne für einen die Sachlage kennenden Kläger keine Rede sein. [33])

33) S. Francke Commentar S. 179 f. — Die Meinung Schirmers, über die prätorischen Judicialstipulationen u. s. w. S. 164 f., der in den Endworten unsrer Stelle „die Beziehung auf die clausula de dolo mit klaren Worten ausgesprochen, und doch deren Endergebniß in Gegensatz mit der condemnatio (nämlich aus der hereditatis petitio) gesetzt" findet, stützt sich auf eine ganz willkürliche Interpunction, welche mit „et qui" einen neuen Satz beginnt.

Mit unsrer Auffassung der l. 45 cit. verträgt sich durchaus l. 39 D. de dol. m. 4, 3: (Gai. lib. 27. ad ed. prov.) Si te Titio obtuleris de ea re, quam non possidebas, in hoc, ut alius usucapiat, et iudicatum solvi satisdederis: quamvis absolutus sis, de dolo malo tamen teneberis: et ita Sabino placet. Hier ist die Usucapion des Dritten vor der Litiscontestation mit dem

Daß Celsus in l. 45 cit. wirklich von der Haftung des liti se offerens mit der hereditatis petitio geredet hat, bestätigen die Worte der l. 13 §. 13 cit. ausdrücklich: es ist mehr als Willkür, die hier von ihm bezeugte Haftung nicht auf diese Klage zu beziehen, sondern auf die Klage aus der cautio iudicatum solvi. Und nur bei dieser Auffassung gewinnt die Schlußbemerkung der Stelle einen mit ihren Worten verträglichen Sinn. Es ist m. E. ganz unmöglich, jene Worte so zu deuten, als ob erst Marcellus im Gegensatze zu Celsus und Julianus, welche den liti se offerens nicht mit der hereditatis petitio, sondern nur mit der Klage aus der cautio iudicatum solvi hätten haften lassen, dessen Haftung auf das arbitrium iudicis bei der hereditatis petitio zurückgeführt habe. Wie könnte man solches Zurückführen einer sachlich gleichen Haftung auf eine andere Klage bezeichnen als ein sententiam

liti se offerens vollendet, die von dem getäuschten Kläger gegen den Letztern angestellte rei vindicatio muß also abgewiesen werden, weil Kläger im Augenblicke der Litiscontestation nicht mehr Eigenthümer ist; er kann sich jedoch aus der vom liti se offerens geleisteten cautio iudicatum solvi schadlos halten. cf. l. 19 §. 2 D. iud. solvi. 46, 7. Schirmer a. a. O. S. 162 f. — Alle anderen Erklärungen der l. 39 cit. sind mindestens unbefriedigend, insofern sie keine Auskunft darüber gewähren, weshalb nicht schon in dem Vindicationsprocesse die dolose Oblation zum Processe geltend gemacht worden ist. S. Wetzell, der röm. Vindicationsproceß S. 213 f. Schirmer a. a. O. S. 165 f. Nur Demelius a. a. O. S. 192 f. vermeidet diesen Vorwurf, indem er annimmt, es sei zur Zeit des Sabinus und des Gaius im Vindicationsprocesse selbst für die Berufung auf dolose Oblation gar keine Stelle gewesen. Hätte dann aber Gaius nicht sagen müssen: quamvis te absolvi oporteat (sc. in rei vindicatione)?

generaliter probare! wie vollends als Inhalt dieses generaliter probare angeben: *omnem*, qui se offert petitioni, quasi possidentem teneri! Dies vermag schlechterdings nichts Anderes zu heißen als entweder: „Marcellus hat die Ansicht des Celsus und des Julianus, wonach der hereditatis petitioni *dolo* se offerens der genannten Klage haftet, allgemein, d. h. in dem Sinne gebilligt, daß jeder, welcher sich eben dieser Klage sei es *dolo* sei es *culpa* offert, mit ihr haftet, quasi possideret;“ — oder, noch allgemeiner: „Marcellus hat das, was Celsus und Julianus in Beschränkung auf den *dolo hereditatis petitioni* se offerens lehrten, allgemein für jeden Nichtbesitzer gebilligt, welcher dolos oder culpos in irgend einer gegen den Besitzer gerichteten *petitio* litem contestirt.“ Diese weitere Auffassung findet ihre Bestätigung in l. 25 D. de R. V. 6, 1:

(*Ulp.* lib. 70. ad ed.)[34]) Is, qui se obtulit rei defensioni *sine causa*, cum non possideret nec dolo fecisset, quo minus possideret: si actor ignoret, non est absolvendus, ut *Marcellus* ait: quae sententia vera est etc.

Es kann nicht zweifelhaft sein, daß nicht erst Marcellus die Haftung des liti se offerens auf die rei vindicatio erstreckt hat. Denn eben weil diese Haftung bei der hereditatis petitio aus der cautio iudicatum solvi hergeleitet worden ist, verstand es sich ganz von selbst, daß sie in genau der gleichen Weise bei der rei vindicatio stattfinden mußte. Das „sine causa“ weiset vielmehr nothwendig darauf hin, daß nach der Ansicht des Marcellus,

34) In diesem Buche handelte Ulpian u. a. auch vom interdictum Quem fundum, und bei dieser Gelegenheit mag er die Aeußerung in l. 25 cit. gethan haben. cf. Lenel ed. perp. S. 381 N. 4.

immer natürlich Unkenntniß des Klägers vom wahren Sachverhalte vorausgesetzt, der liti se offerens nur dann freigesprochen werden darf, wenn er in entschuldbarem Irrthume angenommen hat, er besitze wirklich.

Mit der Ausdehnung aber der Haftung auf den *culpa* liti se offerens ist der Zusammenhang zwischen der Haftung des liti se offerens überhaupt und der doli clausula der cautio iudicatum solvi zu einer rein geschichtlichen Thatsache geworden, welche keine unmittelbar praktische Folgen mehr hat. Es ist somit auch kein Grund mehr vorhanden diese Haftung auf solche Klagen zu beschränken, bei welchen jene Caution vorkam: sie beruht jetzt einfach auf dem arbitrium iudicis. Demnach dürfte kein Bedenken entgegenstehen, sie auch bei den gegen den Besitzer oder Inhaber gerichteten Interdicten eintreten zu lassen, sollte gleich bei diesen die cautio iudicatum solvi nicht stattgehabt haben. [35])

Endlich [36]) stellt sich die wichtigste Uebereinstimmung der Wirkung zwischen dem Erlaß eines Interdictes und der Litiscontestation darin heraus, daß beide Handlungen den ihnen zugrunde liegenden Anspruch processualisch consumiren.

Auch ohne Quellenzeugniß würde die Annahme der

35) Vgl. darüber unten §. 1838b Ziffer 92 zu N. 20 ff.

36) Von dem Verbote der Veräußerung des Streitgegenstandes post interdictum redditum nach Analogie des Verbotes der Veräußerung der res litigiosa kann schon deshalb nicht die Rede sein, weil dieses Verbot sich auf die den Gegenstand eines Eigenthumsprocesses bildende Sache beschränkt; von dem Verbote der Cession des Anspruchs ex interdicto reddito deshalb nicht, weil das Verbot der Cession einer actio litigiosa erst einer Zeit angehört, in welcher das Interdictenverfahren längst verschwunden war.

processualischen Consumption des durch Erwirkung eines Interdictes geltend gemachten Anspruchs, und zwar bei Interdicten aller Art, sich als unerläßlich erweisen. Denn es würde ohne sie die Verjährung des agere ex interdicto reddito, z. B. beim interdictum de tabulis exhibendis,[37]) durchaus zwecklos sein, wenn die Voraussetzungen für den Erlaß des Interdictes fortdauern: der Impetrant könnte sich ungeachtet jener Verjährung das nämliche Interdict abermals erbitten.

Es ist uns jedoch die processualische Consumption, welche durch den Erlaß des Interdictes erfolgt, ausdrücklich bekundet.

L. 3 §. 13 D. de hom. lib. exh. 43, 29:
(*Ulp.* lib. 71. ad ed.) Si tamen, posteaquam hoc interdicto actum est, alius hoc interdicto agere desideret, palam erit postea alii non facile dandum, nisi si de perfidia prioris potuerit aliquid dici . itaque causa cognita amplius quam semel interdictum hoc erit movendum . nam nec in publicis iudiciis permittitur amplius agi quam semel actum est [*pro* actum est *scr.* praeter M.], quam si praevaricationis fuerit damnatus prior accusator . si tamen reus condemnatus malit litis aestimationem sufferre, quam hominem exhibere, non est iniquum saepius in eum interdicto experiri [permitti *ins.*] vel eidem sine exceptione vel alii.

Vielleicht möchte man geneigt sein, gerade bei Popularinterdicten die Ausschließung der übrigen Bürger nicht schon mit der Erwirkung des Interdictes durch einen von ihnen eintreten zu lassen, sondern erst mit dessen agere ex interdicto. Dem dürfte indessen gerade hier die unerläß-

37) Paul. IV, 7, 6 (s. oben §. 1837b Ziffer 77 Thl. 1 S. 498).

liche Rücksicht auf den Impetraten entgegenstehen. Oder sollten die Römer es zweckmäßig, ja nur erträglich erachtet haben, wegen des nämlichen Thatbestandes dieselbe Person beliebig oft dem Erlasse desselben Popularinterdictes auf Antrag ebenso vieler Impetranten auszusetzen, von denen schließlich doch nur Einer zum agere ex interdicto gelangen konnte? Selbstverständlich beweiset hiergegen nichts l. 30 §. 3 D. de iureiur. 12, 2,[37a]) welche bei populares *actiones*, wie nicht anders möglich, das consumirende Moment in das egisse, d. h. in die Litiscontestation, setzt. Auch wüßte ich nicht zu sagen, was in der mitgetheilten l. 3 §. 13 diese Auffassung nothwendig machte, die unsrige dagegen ausschlösse. Interdicto agere kann m. E. mindestens ebenso gut von der Erwirkung des Interdictes als solcher verstanden werden,[38]) als von dem sich an jene Erwirkung anschließenden agere. Die perfidia aber des ersten Impetranten, deren Nachweis die Ertheilung des nämlichen Popularinterdictes an einen zweiten Impetranten rechtfertigt, kann sich nicht blos in der prävaricatorischen Behandlung dieser actio äußern, sondern auch darin, daß jener nach der Erwirkung des Interdictes einfach die Sache liegen läßt. Umgekehrt möchte ich in den Ausdrücken „causa cognita amplius quam semel interdictum hoc erit movendum“ und „saepius in eum interdicto experiri [permitti]“ den Hinweis darauf erblicken, daß zunächst lediglich die Möglichkeit einer wiederholten Erwirkung des Interdicts in Frage steht, aus welcher sich dann freilich die Möglichkeit einer Wiederholung der cetera ex interdicto einschließlich des agere von selbst ergiebt. Die Vergleichung mit dem

37a) S. oben Ziffer 82 S. 9. Vgl. ferner l. 3 §. 10 D. sep. viol. 47, 12.

38) Vgl. l. 2 §. 40 D. ne quid in loco publ. 43, 8. l. 22 §. 4 D. quod vi 43, 24. l. 1 §. 4 D. de lib. exh. 43, 30.

publico iudicio agi dagegen muß auf den allgemeinen Satz beschränkt bleiben, daß hier wie bei dem Popularinterdicte die, gleichviel durch welchen Umstand, einmal bewirkte Consumption der Klage mittels des Nachweises der klägerischen praevaricatio aufgehoben werden könne. Bei weiterer Ausdehnung würde jene Vergleichung offenbar nicht zutreffen. Denn zunächst wird bei einem iudicium publicum die Consumption auch durch die förmliche exemptio de reis unschädlich, welche infolge einer abolitio oder infolge des, meist strafbaren, Rücktritts des accusator stattfindet, [39]) wozu im Verfahren des Popularinterdictes das Gegenstück fehlt. Sodann kann die Beseitigung der Consumption infolge erwiesener Prävarication des Anklägers nach gesetzlicher Vorschrift erst dann eintreten, wenn auf die erste Anklage hin ein freisprechendes Endurtheil ergangen ist, [40]) während es äußerst unzweckmäßig gewesen sein würde, die abermalige Ertheilung eines Popularinterdictes infolge des Nachweises der perfidia des ersten Impetranten unter allen Umständen

39) L. 11 §. 2 D. de acc. 48, 2: (Macer.) Ab alio delatum alius deferre non potest: sed eum, qui abolitione publica vel privata interveniente aut desistente accusatore de reis exemptus est, alius deferre non prohibetur. Dabei ist wohl zu beachten, daß die abolitio, und zwar auf Antrag des Beklagten, auch dann eintritt, wenn der Ankläger gestorben oder sonst rechtlich verhindert ist, die Anklage durchzuführen. l. 3 §. 4 D. eod. l. 10 pr. D. ad SC. Turpill. 48, 16. — Ueber das desistere ab accusatione s. l. 1 §§. 7. 9. 10. 14. l. 4 pr. l. 6 pr. §§. 1 sq. l. 13. l. 14. l. 15 pr. §§. 3. 4. 5 D. ad. SC. Turpill. 48, 16. Vgl. Planck die Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten im Proceßrecht S. 31 ff.

40) Plin. epp. III, 9, 30: Est lege cautum, ut reus ante peragatur, tunc de praevaricatione quaeratur, videlicet quia optime ex accusatione ipsa accusatoris fides aestimatur. L. 3 §. 1 D. de praevar. 47, 15.

von der Durchführung des agere ex interdicto oder dessen Verjährung abhängig zu machen. Somit nöthigt jene Vergleichung der Consumption eines Popularinterdictes mit derjenigen einer accusatio publica auch nicht, das consumirende Moment für jenes in demselben processualischen Acte zu finden, in welchem es, ganz ebenso wie bei eigentlichen actiones, bei dieser lag, nämlich in der litis contestatio: denn eben dies ist im Criminalverfahren die nominis receptio [41]) oder die erfolgreiche delatio rei; [42]) — der litis contestatio entspricht vielmehr im Interdictenverfahren wie hinsichtlich aller übrigen Wirkungen so auch hinsichtlich der Consumptionswirkung der Erlaß des Interdicts, das interdictum redditum.

Es leuchtet ohne weiteres ein, daß dieser Umstand für die Beantwortung der Frage nach dem der processualischen Consumption zugrundeliegenden Gedanken in Betracht gezogen werden muß; gegenwärtige Stelle ist dazu jedoch nicht geeignet. [42a])

Uebrigens darf nicht übersehen werden, daß bei prohibitorischen Interdicten die Consumption nur hinsichtlich desjenigen einzelnen Thatbestandes wirkt, welcher als ein adversus edictum factum zu dem Sponsionsverfahren berechtigt haben würde, aber wegen Verjährung der Sponsion nicht mehr verfolgt werden kann, oder welcher zwar wirklich per sponsionem verfolgt worden ist, jedoch mit ungünstigem Ergebnisse für den Impetranten, sei es daß die Klage

41) O. E. Hartmann röm. Gerichtsverfassung S. 407 f. N. 20.

42) So gerade in l. 11 §. 2 D. de acc. 48, 2. vgl. l, 9 Cod. eod. 9, 2. Lex Acilia lin. 21 und dazu Hartmann a. a. O. S. 408 N. 21.

42a) Vgl. inzwischen auch Wlassak die Litiscontestation S. 57 f. N. 1.

aus der Sponsion abgewiesen worden, sei es daß sie infolge der Proceßverjährung liegen geblieben ist. Jede Besorgniß dagegen vor einem neuen adversus edictum factum, auch vor einem dem frühern durchaus gleichartigen, macht aliam rem und begründet daher stets von neuem den Anspruch auf den Erlaß des nämlichen Interdictes, ganz ebenso wie wegen eines wiederholten Eingriffs in das Eigenthum, wodurch dessen Freiheit bedroht wird, stets von neuem auch wider denselben Gegner die negatoria in rem actio statthaft ist. [42b])

Ja, dem Impetraten selbst gegenüber bedarf es überhaupt nicht einer abermaligen Erwirkung des Interdictes, wenn er abermals ein adversus edictum factum verübt hat: es wird hier ohne weiteres eine neue sponsio von ihm gefordert, und aus dieser dann eine neue Klage mit iudicium secutorium erhoben: das Verbot hat seine Kraft mit der Verfolgung einer einzelnen Uebertretung durchaus nicht eingebüßt. Wenn Schmidt [43]) annimmt, die durch das prohibitorische Interdict erwachsene Verpflichtung dauere nicht, wie eine aus dem Gesetz erwachsene, immerwährend, sondern sei, wie bei der gewöhnlichen obligatio, als durch die jedesmalige Klage ex interdicto getilgt zu betrachten, so hat er dabei übersehen, daß einerseits die sponsio wegen einer einzelnen Uebertretung den Inhalt des prohibitorischen Interdictes nicht erschöpft, da dieses eben ein jedes Zuwiderhandeln verbietet, und daß anderseits auch die actio ex sponsione nicht wohl den Gesammtinhalt des Interdicts in iudicium deduciren kann, da sie sich, wenngleich freilich nicht auf eine bestimmte Verletzung, so doch auf eine vor Eingehung der Sponsion geschehene Verletzung bezieht. [44])

42b) Vgl. Schmidt a. a. O. S. 279 zu N. 8.
43) A. a. O.
44) Ueber l. 2 §. 18 D. ne quid in loco publ. 43, 8 s. unten §. 1838e Ziffer 104 zu N. 47 ff.

Pfersche[45]) meint, die Verurtheilung aus einem Popularinterdicte dürfte die Wirkung der exceptio rei iudicatae nur haben, „soweit sie ein pönales Element enthält und gegen den Thäter als solchen gerichtet war. Bei fortgesetztem Haben der rechtswidrigen Anlage dürfte wohl ein anderer neuerdings auf patientia destruendi das Interdict anstellen.“[46]) Dieser Ansicht ist jedoch unsre l. 3 §. 13 cit. de hom. lib. exh. 43, 29 schwerlich günstig. Denn sie stellt die Zulässigkeit mehrfacher Condemnation wegen des fortgesetzten widerrechtlichen Festhaltens desselben freien Menschens als etwas ganz Besonderes hin, das sicherlich seine Rechtfertigung nur aus der über alles wichtigen Rücksicht auf die Freiheit der Bürger erhält. Damit ist selbstverständlich nicht ausgeschlossen, daß ungeachtet der Verurtheilung des Impetraten aus einem Popularinterdicte der Prätor mit Verwaltungsmaßregeln ihn nöthigen konnte, eine Anlage zu beseitigen, welche das öffentliche Wohl schädigte, oder auch wohl kraft unmittelbaren Einschreitens diese Anlage beseitigte.[47]) Sofern übrigens trotz einmaliger Verurtheilung des Impetraten eine Wiederholung desselben Popularinterdictes wegen des nämlichen Hergangs zulässig gewesen sein sollte, würde diese nach den ausdrücklichen Worten der l. 3 §. 13 cit. auch dem frühern Impetranten nicht abgeschnitten gewesen sein. Gerade darin aber würde die Unbill dieser Wiederholung zu Tage treten, wie vielleicht unbewußt auch Pfersche gefühlt hat, in dem er ein abermaliges Popularinterdict nur einem Andern, als dem ersten Impetranten, gestattet.

45) A. a. O. S. 116 N. 1.

46) Es soll hierzu verglichen werden l. 2 §§. 40. 43 D. ne quid in loco publ. 43, 8. l. 1 §. 22 D. de flum. 43, 12 und l. 3 §. 13 D. de hom. lib. exh. 43, 29 cit.

47) Vgl. unten §. 1838e Ziffer 105 zu N. 69 f.

§. 1838 a.

b. nach Erlaß des Interdictes.

1) Das Sponsionsverfahren.

aa) Die Sponsionen.[1]

89. Nach Erlaß eines gebietenden Interdictes erklärte sich in vielen Fällen der Impetrat bereit, den Gegner gemäß dem Interdicte zu befriedigen, und brachte dann wohl meist diese Befriedigung auch wirklich zustande; — nach Erlaß eines verbietenden Interdictes unterließ in vielen Fällen, wie der Impetrant vorbehaltslos anerkannte, der Impetrat, was ihm kraft des Interdictes verboten war.

In solchen Fällen war für ein weiteres gerichtliches Verfahren keine Grundlage gegeben.

In anderen Fällen dagegen leugnete der Impetrat die Voraussetzungen des Interdictes; oder er bestritt, ungeachtet jener Voraussetzungen, dessen verbindliche Kraft durch Berufung auf eine exceptio, deren Zuständigkeit oder deren Voraussetzungen umgekehrt der Impetrant in Abrede stellte; oder endlich er behauptete im Widerspruche mit dem Gegner, einem gebietenden Interdicte vollständig nachgekommen zu sein, ein verbietendes nicht verletzt zu haben.

Die Erledigung der in allen diesen Fällen vorliegenden Rechtsstreitigkeit erfolgte nun nicht durch den interdicirenden Magistrat, sondern durch ein Geschwornengericht.

Und zwar gab es im classischen Rechte zwei verschiedene Wege zu einem solchen: einen bei allen Arten von Interdicten anwendbaren, und einen andern, welcher auf gebietende Interdicte beschränkt war.

1) Schmidt a. a. O. S. 235—250.

Gai. IV, 141: Nec tamen cum quid iusserit fieri aut fieri prohibuerit (sc. praetor), statim p*er*actum est negotium, sed ad iudicem recuperatoresve it*ur*, et ibi editis formulis quaeritur, an aliquid adversus praetoris edictum factum sit, vel an factum sit, quod is fieri iusserit . et modo cum poena agitur, modo sine poena: cum poena, veluti cum per sponsionem ag*i*tur, sine poena, veluti cu*m* ar*b*iter petitur . et quidem ex prohibitoriis interdictis semper per sponsionem agi solet; ex restitutoriis vero vel exhibitoriis modo per sponsionem, modo per formulam agitur, quae ar*b*itraria vocatur.
§. 162: [*Si*] igitur restitutorium vel exhibitorium interdictum redditur, veluti ut restituatur ei possessio, qui vi deiectus est, aut exhibeatur libertus, cui patronus operas indicere vellet, modo sine periculo res ad exitum perducitur, modo cum periculo. §. 163. Namque si arbitrum postulaverit is, cum quo agitur, accipit formulam, quae appellatur arbitraria, et iudicis arbitrio si quid restitui vel exhi*b*eri debeat, id sine periculo exhib*e*t aut restituit et ita absolvit*ur*; quodsi nec restituat neque exhibeat, quanti ea res est, condemnat*ur* . s*ed* et actor sine p*o*ena experitur cum eo, que*m* neque exhibere neque restituere quicquam oporte*t*, praeterquam si calumniae iudicium ei oppositum fuerit decimae partis . quamquam *Proculo* placu*it* *denegan*dum calumniae iudici*um* e*i*, qui ar*b*itrum postulaver*it*, quasi hoc ipso confessus videatur restituere se vel exhibere de*b*ere .. sed alio iure utimur, et recte; *po*tius enim ut modestiore via litig*et*, arbitrum quisque petit, quam quia confitetur. §. 164: Observare [*autem*] debet is, qui vult arbitrum petere, ut statim petat, antequam ex iure exeat, id est antequam a praetore *dis*cedat; sero enim petentibus non

indulgetur. §. 165: Itaque si arbitrum non petierit, sed tacitus de iure exierit, cum periculo res ad exitum perducitur: nam actor provocat adversarium sponsione, [quod] contra edictum praetoris non exhibuerit aut non restituerit; ille autem adversus sponsionem adversarii restipulatur. deinde actor quidem sponsionis formulam edit adversario, ille huic invicem restipulationis. sed actor sponsionis formulae subicit et aliud iudicium de re restituenda vel exhibenda, ut si sponsione vicerit, nisi ei res exhibeatur aut restituatur (*cetera desunt*).

Ulp. fragm. Vindob. V. (Kr.): *aut per formulam* arbitrariam explicantur, aut per sponsionem, prohibitoria vero *semper* [2]) per sponsionem explicantur: restitutorio vel exhibitorio interdicto reddito, si quidem arbitrum postulaverit is, cum quo agitur, formulam accipit arbitrariam, per quam arbiter (*cetera desunt*).

Abgesehen von seiner Beschränkung auf gebietende Interdicte ist der zweite Weg nur dann anwendbar, wenn ihn der Impetrat unmittelbar nach Erlaß des Interdictes beantragt: er ist also ein außerordentlicher, während der erstere Weg als der ordentliche in diesem Sinne erscheint. [2a]) Zudem leuchtet ein, daß der zweite Weg erst nach Einführung des Formularprocesses möglich geworden ist, [2b]) der erstere dagegen schon im Legisactionenverfahren sich betreten

2) Dieses „semper" steht in der Handschrift, jedoch vor „prohibitoria."

2a) Darüber, daß das Verfahren per formulam arbitrariam auch im technischen Sinne extra ordinem, d. h. unabhängig vom rerum actus, war, s. unten §. 1838d Ziffer 99 zu N. 4.

2b) Vgl. unten §. 1838d Ziffer 101.

ließ. Sofern also das Interdictenverfahren älter ist, als das agere per formulas, muß der erstere Weg als der ursprünglich allein gegebene gelten. Demnach empfiehlt es sich, seine Betrachtung voranzustellen.

Die Meinungsverschiedenheit der Parteien bezieht sich auf die eine oder auf die andere von zwei Fragen, nämlich:

1) hat das erlassene Interdict für den Impetraten verbindliche Kraft gehabt, insofern
   a) sowohl seine Voraussetzungen vorlagen,
      als
   b) eine begründete exceptio ihm nicht entgegenstand;

und für den Fall der Bejahung dieser Frage, sei es durch gerichtliche Feststellung, sei es durch Zugeständniß des Impetraten,

2) ist Impetrat dem Interdicte gehörig nachgekommen?

Die sponsio umfaßte beide Fragen in der Weise, daß sie bei prohibitorischen Interdicten auslief auf:

si adversus edictum praetoris — vis facta est, [3])

oder wenn das Interdict selbst nicht auf „vim fieri veto“ lautete, vermuthlich auf

si adversus edictum fecisti; [4])

3) Gai. IV, 166 (vom Uti possidetis): postea alter alterum sponsione provocat, quod adversus edictum praetoris possidenti sibi vis facta sit. Cic. pro Caec. 16, 45: optime sponsionem facere possent, ni adversus edictum praetoris vis facta esset. S. oben §. 1836a Ziffer 39 Thl. 1 S. 219.

4) Gai. IV, 141: quaeritur, an aliquid adversus praetoris edictum factum sit. Schmidt a. a. O. S. 240, setzt statt „adversus“ „contra“. Es ist von Rudorff Zeitschrift für Rechtsgesch. Bd. 4 S. 4 zu N. 5 die richtige Bemerkung gemacht worden, daß die Worte „adversus edictum“ den Verstoß gegen ein verbietendes Edict

bei gebietenden aber auf:

si contra edictum praetoris non exhibuisti oder restituisti. [5])

bezeichnen. L. 25 §. 2 D. de Sc. Silan. et Claud. 29, 5. Terent. Heautontim. IV, 1, 10 sq. Nach O. Hartmanns Collectaneen füge ich hinzu l. 5 §. 6 D. de his qui effud. 9, 3. l. 15 §. 25 D. de iniur. 47, 10 (qui (si quis) adversus ea fecerit); und ferner l. 24 D. de in ius voc. 2, 7. l. 1 §. 6 i. f. D. de postul. 3, 1. Ebenso bezeichnet adversus ein Handeln gegen gesetzliches Verbot in §. 12 J. de nupt. 1, 10 und in l. 6 D. de decr. ab ord. 50, 9; gegen ein verbietendes Senatus consultum in l. 52 D. de C. E. 18, 1; gegen ein schiedsrichterliches Verbot in l. 29 D. de recept. 4, 8; gegen ein letztwilliges Verbot in l. 38 §. 3 D. de legat. 3; gegen ein vertragsmäßiges Verbot in l. 4 §. 1. l. 71. l. 85 §. 3 D. de V. O. 45, 1. Uebrigens kann adversus auch die Unterlassung der Erfüllung einer positiven Pflicht bezeichnen; so in l. 7 §. 7 D. de pact. 2, 14 (adversus leges, plebis cita, senatus consulta, decreta, edicta principum (Citat nach Hartmanns Collectaneen)) l. 121 D. de R. J. 50, 17; l. 17 §. 20 D. de aed. ed. 21, 1 (adversus dictum promissum). §. 7. J. de V. O. 3, 15. l. 137 §. 7 D. eod. l. 37 pr. D. de legat. 3. (gegen eine letztwillige Auflage). Contra edictum handelt nach Rudorff a. a. O., wer nicht einem positiven Verbote zuwider, sondern nur ohne die vorbehaltene Erlaubniß des Prätors (sine permissu, sine venia Edicti impetrata) handelt. Gai. IV, 46 cf. l. 4 §. 1. l. 10 §. 12. l. 25 D. de in ius voc. 2, 4. Ferner l. 2 D. ne quis eum, qui in in ius. 2, 7. S. übrigens auch die folgende Note.

5) Gai. IV, 165: nam actor provocat adversarium sponsione, [quod] contra edictum praetoris non exhibuerit aut non restituerit. Gai. IV, 141: quaeritur —, an factum non sit, quod is (sc. praetor) fieri iusserit. Cic. pro Caec. 8, 23: — praetor interdixit, — ut unde

Auffallend ist in beiden Fassungen der Ausdruck „edictum"; man würde statt seiner erwarten: „interdictum." Und so will Leist [5a]) wirklich bei Gai. IV, 141 und 165 lesen. Indessen verbietet sich dies nicht allein vermöge der zweifellosen Lesart der erstern Stelle (Cod. Veron. p. 237 v. 9 sq.), während allerdings die andere (l. c. p. 241 v. 18), sowie Gai. IV, 166 (l. c. p. 244 v. 8) weniger sicher erscheinen, — sondern namentlich vermöge Cic. pro Caec. 16, 45 [5b]) und Quintil. inst. orat. IX, 3, 22. [5c]) Daß jedoch „edictum" in diesem Zusammenhange nichts Anderes bedeutet, als interdictum, erhellt, wie Schmidt [6]) nachgewiesen hat, mit voller Sicherheit aus mehreren Gründen. Zunächst bezeichnet Gaius als Gegenstand der actio ex sponsione aus dem Uti possidetis, den er IV, 166 formularmäßig auf „quod adversus edictum praetoris vis facta sit" stellt, unmittelbar hinterher (IV, 166a) als „[quod] praetor *interdicto* complexus est." Aehnlich gebraucht Cicero pro Caec. 29, 82 und 84 statt des formularmäßigen Ausdrucks bezüglich

deiecisset, restitueret. Restituisse se dixit (sc. der Impetrat). Sponsio facta est. Hac de sponsione vobis iudicandum est. 28, 80: is, quoniam se restituisse dixit, necesse est, male fecerit sponsionem. 29, 82: Restituisse te dixti: nego me ex decreto praetoris restitutum esse. 32, 92 (s. oben Thl. 1 S. 461 f. N. 8). Ueber contra edictum s. ferner l. 31 D. de pact. 2, 14. l. 112 §. 3 D. de legat. 1. l. 5 §. 4 D. de O. N. N. 39, 1. Cic. Verr. II, 3, 10, 25. Gell. IV, 2, 6. Wlassak Edict und Klagform S. 48 f. unter b.

5a) Die Bonorum possessio Bd. 1 §. 54 N. 1 und 3 S. 340 f. Dazu Schmidt a. a. O. S. 241 N. 8.

5b) S. oben N. 3.

5c) S. unten N. 7.

6) A. a. O. S. 241 f.

der Erfüllung eines restitutorischen Interdictes „quod contra *edictum* praetoris non restituerit“ die Bezeichnung: „nego me *ex decreto* praetoris restitutum esse,“ „non sum ex *decreto* restitutus.“ Und nichts, dürfen wir hinzufügen, bezeichnet die völlig gleiche Bedeutung der Ausdrücke „edictum“ und „decretum“ in diesem Zusammenhange überzeugender, als die Thatsache, daß Quintilian[7]) in einer übrigens bis auf die Sylbe genauer Anführung der ersten jener Stellen für „decreto“ „edicto“ setzt. Nicht minder ergiebt sich die fragliche Bedeutung von „edictum“ aus l. 7 D. ne quid in loco publ. 43, 8 (oben Thl. 1 S. 14). Denn mit *edictum* kann hier nicht füglich das edictum in albo propositum gemeint sein: dieses ist ja schon vor der Bauthätigkeit vorhanden, und doch soll nach den eignen Worten der l. 7 das nullo prohibente, d. h. vor Erwirkung des Interdicts im Einzelfalle, Gebaute nicht niedergerissen werden; „edictum“ kann in jenem Zusammenhange also nur auf das interdictum redditum gehen. Es mag noch hinzugefügt werden, daß wahrscheinlich auch Ulpian in l. 20 §. 1 D. de O. N. N. 39, 1 mit „contra *interdictum* praetoris“ dasselbe bezeichnet hat, was er in l. 5 §. 4 eod., ebenso wie Papinian in l. 18 pr. eod., „contra *edictum* praetoris“ nennt, Marcellus in l. 22

7) Inst. orat. IX, 3, 22 (ein Citat, das ich O. Hartmanns Collectaneen verdanke): Et nostra persona utimur pro aliena, et alios pro aliis fingimus. Utriusque rei exemplum pro Caecina. Pisonem, adversae partis advocatum, alloquens Cicero dicit: Restituisse te dixti; nego me ex edicto praetoris restitutum esse; verum enim illud restituisse Aebutius dixit, Caecina nego me ex edicto praetoris restitutum esse; et ipsum dixti, excussa syllaba, figura in verbo.

eod. und Javolenus in l. 23 eod. „contra oder adversus edictum.“ [8])

Wie aber erklärt sich diese Bedeutung? Erinnern wir uns, daß häufig nicht nur solche Interdicte ergingen, welche einzelne Abweichungen von den im Album proponirten Formularen zeigten, sondern, selbst solche, welche sich an ein proponirtes Formular überhaupt nicht anlehnten, so werden wir nicht geneigt sein, die fragliche Gleichsetzung von edictum und interdictum mit Huschke [9]) darauf zurückzuführen, daß der Prätor regelmäßig die Interdicte ex edicto suo, d. h. auf Grundlage des Album, gab. Denn hierbei würde es entweder unerklärt bleiben, wieso jene Gleichsetzung auch für solche nicht edicts- (d. h. album-) mäßige Interdicte passe; oder wir würden mit dem genannten Gelehrten zu der durchaus quellenwidrigen Annahme getrieben werden, daß derartige Interdicte überhaupt nicht im eigentlichen Interdictenverfahren erledigt, sondern iure

8) Es scheint mir gegenüber der Beibehaltung dieses Ausdrucks in den angeführten Stellen kein Anlaß, mit Lenel ed. perp. §. 258 unter 2 S. 389 in l. 20 §. 1 eine Interpolation für „edictum“ anzunehmen.

9) Studien S. 9. Aehnlich v. Bethmann-Hollweg röm. Civilpr. Bd. 2 S. 366 N. 109. S. 368 N. 119. S. 371 N. 133. S. 378 N. 161. — Für diese Auffassung beweiset auch der Umstand nichts, daß die Klage, welche laut des Edicts in l. 5 §. 6 D. de his, qui effud. 9, 3 gegen denjenigen stattfinden sollte, qui adversus ea fecerit, nach l. 5 cit. §. 12 auch utiliter ertheilt wird. Denn das hier verpönte Handeln geschieht doch immer adversus edicti sententiam, also in diesem Sinne adversus edictum. arg. l. 6 §. 1 D. de V. S. 50, 16 (Ulp. lib. 3. ad ed.): Verbum „ex legibus“ sic accipiendum est: tam ex legum sententia quam ex verbis. (Nach Notizen Hartmanns, der übrigens das Gegentheil daraus folgerte).

potestatis unmittelbar durch den interdicirenden Magistrat vollstreckt worden seien.

Schmidt[10]) sucht die Erklärung in l. 102 pr. D. de R. J. 50, 17:

(*Ulp.* lib. 1. ad ed.) Qui vetante praetore fecit, hic adversus edictum fecisse proprie dicitur.

Hiernach, meint er, bedeute adversus edictum facere schlechthin: wider das Verbot des Prätors handeln, ohne Rücksicht auf die Form des Verbotes, welches demnach auch mündlich habe ergehen können; mit Recht nehme Ulpian für diese Bedeutung das Prädicat der Eigentlichkeit in Anspruch. Dabei könne es kaum zweifelhaft sein, daß er bei dieser Erklärung die sponsio ex interdicto prohibitorio vorzugsweise im Auge habe. Indessen hat Lenel[11]) nachgewiesen, daß l. 102 cit. sich auf das Edict über die in ius vocatio bezieht; damit wird jene scharfsinnige Erklärung hinfällig.

Sollte nicht der Prätor den Abschnitt des Album über die Interdicte mit einem allgemeinen Edicte eingeleitet haben, worin er für jedes einzelne Interdict, welches er erlassen würde, bei Wahrheit der Voraussetzungen desselben Gehorsam forderte, und für den Fall des Streites darüber, ob solcher geleistet, das Verfahren per sponsionem und später statt desselben auch das Verfahren per formulam arbitrariam in Aussicht stellte?[12]) War dem jedoch so,

10) A. a. O. S. 241.

11) Zeitschr. der Savigny-Stift. Bd. 2 rom. Abth. S. 24 N. 23. ed perp. S. 42 zu N. 8.

12) Vgl. Lenel ed. perp. S. 358. S. unten §. 1838d Ziffer 94 zu N. 41. Ein allgemeines Edict über die Interdicte mit solchem Inhalte wird vielleicht auch Wlassak gelten lassen, vgl. dens. Edict und Klageform S. 117 f.

dann erschien die Nichtbefolgung eines jeden begründeten Interdictes ebendeshalb als eine Edictswidrigkeit.

Im übrigen ist die bisher besprochene Fassung der sponsio sowohl für die prohibitorischen wie für die gebietenden Interdicte ohne weiteres durchsichtig.

Wir haben nun schon oben [13]) gesehen, daß die sponsio ex interdicto auch exceptiones in sich aufnehmen konnte. [14]) Schon hieraus ergiebt sich, daß sie nicht auf die bisher mitgetheilten allgemeinen Clauseln beschränkt zu sein brauchte.

Noch klarer erhellt dies aus Cic. ad div. 7, 21:

Silii causam te docui . is postea apud me, cum ei dicerem, tibi videri sponsionem illam nos sine periculo facere posse: *Si bonorum Turpiliae possessionem Q. Caepio praetor ex edicto suo mihi dedit*, negare aiebat *Servium* tabulas testamenti esse eas, quas instituisset is, qui factionem testamenti non habuerit etc.

Danach nahm die sponsio ex interdicto Quorum bonorum „den Gesammtinhalt des Interdictes in seiner concreten Fassung" auf. [15]) Sie lautete nach Huschkes [16]) wahrscheinlicher Vermuthung etwa:

Si bonorum Turpiliae possessionem Q. Caepio praetor ex edicto suo mihi dedit, quod de his bonis pro herede aut pro possessore possides (possideresve si nihil usucaptum esset) [17]) quodque dolo malo fecisti, ut desi-

13) §. 1837a Ziffer 74 Thl. 1 S. 471 f.
14) Lex Rubr. c. 19 (das. Ziffer 73 S. 470). l. 1 §. 6 D. de flum. 43, 12 (das. Ziffer 74 S. 473.
15) Lenel ed. perp. S. 359.
16) Studien S. 11. Schmidt a. a. O. S. 243 f. Lenel a. a. O.
17) Den eingeklammerten Satz hat Huschke weggelassen, weil er von der Ansicht ausgeht, dessen Inhalt sei erst infolge

neres possidere, id si contra illius praetoris edictum mihi non restituisti, tot nummos mihi dare spondes? Spondeo.

Es ist gewiß kein Grund für die Annahme, daß die Sponsion aus diesem Interdicte die einzige gewesen sei, welche in solcher Ausführlichkeit abgefaßt wurde: wir werden „ein Gleiches auch für die Sponsionen bei sehr vielen andern Interdicten anzunehmen haben.“ [18]) Anderseits jedoch darf dies schwerlich mit Schmidt als ausnahmslose Regel hingestellt werden. Hierfür fehlt nicht allein ein äußerer Anhaltspunct; es spricht vielmehr die innere Wahrscheinlichkeit dagegen. Denn es giebt Interdicte, deren vollständiger Inhalt sich ohne die Gefahr der ärgsten Undurchsichtigkeit in eine Sponsion gar nicht aufnehmen läßt. [19]) Umgekehrt folgert gewiß sehr treffend Lenel aus der Bemerkung des Gaius (IV, 166[a]) hinsichtlich der Aufgabe des Judex beim Uti possidetis:

illud scilicet requirit [quod] praetor *interdicto* complexus est, id est uter eorum eum fundum easve aedes per id tempus, quo interdictum redditur, nec vi nec clam nec precario possederit —,

„daß mindestens hier die Sponsion für sich allein den Judex nicht genügend instruirte,“ dieselbe vielmehr wohl nur einfach lautete:

des bekannten Sctum aus Hadrians Zeit (Gai. II, 57) in das Edict aufgenommen. Dagegen mit Recht Leist bonor. possessio Bd. 1 S. 101—107 S. 324 und in diesem Commentar Ser. der Bücher 37. u. 38. Thl. 1 S. 379 ff. Lenel a. a. O. N. 2.

18) Lenel a. a. O.

19) Lenel a. a. O. S. 359 N. 4 weiset beispielshalber hin auf das interdictum de migrando; nicht viel anders wird es stehen mit den interdicta fraudatorium und Salvianum.

Si adversus edictum praetoris possidenti mihi fundum Cornelianum vis facta est. [20])

Auch beim Unde vi brauchte anscheinend die Sponsion nicht specialisirt zu sein. Nach Cic. pro Caec. 32, 92 [21]) siegt der Impetrat in der auf Grund seiner Behauptung „se restituisse“ gemachten Sponsion, wenn er nachweiset, der Gegner habe entweder gar nicht, oder doch fehlerhaft von ihm besessen. Das ist schwerlich anders zu verstehen, als unter der Annahme, die fragliche Sponsion habe weder einen unmittelbaren Hinweis auf den Besitz des Impetranten, noch die exceptio vitiosae possessionis enthalten, sondern kurzweg gelautet:

Si contra edictum praetoris fundum Cornelianum non restituisti.

Jene, die sponsio veranlassende, infitiatio „se restituisse“ umfaßt demnach nicht nur die Behauptung, Impetrat sei dem für ihn verbindlichen Befehle des Prätors vollständig nachgekommen, sondern auch diejenige, dieser Befehl sei für ihn überhaupt nicht bindend gewesen, und zwar entweder, weil die Voraussetzungen desselben nicht vorhanden gewesen seien, oder weil dem Impetraten eine begründete exceptio, z. B. vitiosae possessionis, zur Seite steht. [22]) Eben

20) Gai. IV, 166.

21) S. oben N. 5. Vgl. auch Cic. pro Tull. 19, 45, eine Stelle, die sich jedenfalls auf das Verfahren per sponsionem mitbezieht: Multa dantur ei, qui vi alterum detrusisse dicitur, quorum si unum quodlibet probari iudici potuerit, vincat necesse est: vel non possedisse eum, qui deiectus sit, vel vi ab se possedisse vel clam vel precario. Ei, qui de vi confessus esset, tot defensiones tamen ad causam obtinendam maiores reliquerunt.

22) Vgl. Schmidt a. a. O. S. 237 f. Demelius Confessio S. 165 N. 2. v. Bethmann-Hollweg a. a. O.

deshalb greift Cicero für die Auslegung der sponsio immer auf das Interdict selbst zurück.[22a]) Selbst wenn er

S. 368 N. 120 meint: „Dieser sonderbare Ausdruck scheint ein Ueberbleibsel des ältesten Interdictenverfahrens, wo der Prätor erst nach gewonnener Ueberzeugung den Restitutionsbefehl erließ, und nur die Frage übrig blieb, ob ihm Folge geleistet sei.“ Huschke Multa S. 78 f. nimmt an, daß bei exhibitorischen und restitutorischen Interdicten, wenn der Impetrat einen Arbiter nicht erbeten hatte, der Impetrant gegen den wieder in iure erschienenen Gegner zwecks Einleitung des weitern Verfahrens die Behauptung habe aufstellen müssen: contra edictum illius praetoris, quo ... exhibere, restituere iussus es, non exhibuisti, non restituisti, wogegen der Impetrat das Gegentheil: exhibui, restitui (naturgemäß verkürzt statt non non exhibui, non non restitui) behauptet habe.

22a) l. c. 19, 55: hoc ipsum interdictum, quo de agitur, consideremus. §. 56: At vero ratio iuris interdictique vis et praetorum voluntas et hominum prudentium consilium et auctoritas respuat hanc defensionem (nämlich Ein Sclav sei unter „familia“ im Interdicte nicht verstanden) et pro nihilo putet 21, 59: Perge porro hoc idem interdictum sequi: „hominibus coactis“ — ideo de coactis compositum interdictum est. 22, 62: auderesne dicere interdictum esse de armatis hominibus? — cum interdictum esset de pluribus. §. 63: Verum in his causis non verba veniunt in iudicium, sed ea res, cuius causa verba haec ad interdictum coniecta sunt. — eae res appellantur in interdicto. — tametsi verbis interdicti non concluditur. 23, 66: „— fateor haec interdicto praetoris vindicari —, sed ego invenio in interdicto verbum unum. 28, 79: rem et sententiam interdicti mecum facere fatebatur. §. 80: — verba ipsa sponsionis facere mecum, si vellem diligenter attendere. Quonam, inquam, modo? Quia certe, inquit,

c. 28 §. 80 sich dahin äußert, daß die Worte der Sponsion für seinen Clienten sprächen, so führt er dies aus-

deiectus est Caecina vi hominibus armatis aliquo ex loco: si non ex eo loco, quem in locum venire voluit, at ex eo certe, unde fugit. Quid tum? Praetor, inquit, interdixit, ut, unde deiectus esset, eo restitueretur, hoc est, quicumque is locus esset, unde deiectus esset. Aebutius autem, qui fatetur aliquo ex loco deiectum esse Caecinam, is quoniam se restituisse dixit, necesse est male fecerit sponsionem. 29, 83: Si ad interdicti sententiam confugis et de quo fundo actum sit tum, cum Aebutius restituere iubebatur, id quaerendum esse dicis etc. 85: neque in hac re — quaeri oportere, quibus verbis praetor interdixerit, sed de quo loco sit actum, cum interdixit. 30, 86: non solum re et sententia, sed verbis quoque hoc interdictum ita esse compositum, ut nihil commutandum videretur. §. 87: — ut sive ex fundo sive a fundo deiectus essem, uno eodemque interdicto restituere: Unde tu. 31, 91: Cur ergo aut in illud cottidianum interdictum: „Unde ille me vi deiecit“ additur: „cum ego possiderem“: si deiici nemo potest, qui non possidet, aut in hoc interdictum de hominibus armatis non additur, si oportet quaeri, possederit necne? Negas deiici, nisi qui possideat. Ostendo, si sine armatis coactisve hominibus deiectus quispiam sit, eum, qui fateatur, se deiecisse, vincere sponsionem, si ostendat, eum non possedisse. Negas deiici, nisi qui possideat. Ostendo ex hoc interdicto de armatis hominibus, qui possit ostendere, non possedisse eum, qui deiectus est, condemnari tamen sponsionis necesse esse, si fateatur esse deiectum. 32, 93: — ut qui armatus de possessione contendisset, inermus plane de sponsione certaret. Ecquid igitur interest, Piso, inter haec interdicta? ecquid interest, utrum hoc sit additum: „cum A. Caecina possederit“ necne?

drücklich auf die Fassung des Interdicts zurück: weil das Interdict vorschreibe, den Dejicirten dahin zu restituiren, von wo er dejicirt worden, nun aber Caecina unbestreitbar irgendwoher dejicirt worden sei, so müsse Aebutius, der die letztere Thatsache einräume, die auf Grund seiner Behauptung „se restituisse" gemachte Sponsion verlieren, nämlich weil er eben den Caecina an jenen Ort nicht restituirt habe.[22b]) Im Gegensatze hierzu meint freilich

Ecquid te ratio iuris, ecquid interdictorum dissimilitudo, ecquid auctoritas maiorum commovet? Si esset additum, de eo quaeri oporteret. Additum non est, tamen oportebit? 36, 104 i. f.: statuite, quid vos tempora rei publicae de armatis hominibus, quid illius confessio de vi, quid nostra decisio de aequitate, quid ratio interdicti de iure admoneant, ut iudicetis. pro Tull. 12, 29: Videtis praetores per hos annos intercedere hoc interdicto velut inter me et M. Claudium: Unde de dolo malo tuo M. Tulli, M. Claudius aut familia aut procurator eius vi detrusus est, cetera ex formula. Sicubi ita interdictum est et sponsio facta, ego me ad iudicem si defendam, vi me deiecisse confitear, dolo malo negem, ecquis me audiat? §. 30: Plus igitur valet Claudii causa, si interdicitur, Unde dolo malo meo vi deiectus sit, quam si daretur, Unde a me deiectus esset. Nam in hoc posteriori, nisi ipse egomet deiecissem, vincerem sponsionem: in illo priore, ubi dolus malus additur, sive consilium inissem, ut vi deiiceretur, sive ipse deiecissem, necesse erat de dolo malo meo vi deiectum iudicari. Vorstehende Stellen verdanke ich den Collectaneen O. Hartmanns, der jedoch umgekehrt aus ihnen folgerte, die sponsio habe den vollständigen Inhalt des Interdicts in seine Fassung aufgenommen.

22b) Nur insoweit kann ich Lenel ed. perp. S. 374 N. 2 zustimmen, daß die erwähnten Erörterungen Ciceros sich gerade auf die verba sponsionis beziehen.

Lenel,[22c]) die Sponsion aus dem Unde vi reproducire wahrscheinlich ganz genau das Interdict, etwa: „Unde ... me deiecisti ..., eo si me ... adversus edictum praetoris non restituisti“ etc. Er begründet dies sehr scharfsinnig damit, daß die erneuerte Erörterung des Begriffs „Dejection“ bei Ulp. lib. 69. ad ed. l. 1 §§. 45—47 D. de vi 43, 16 der Stellung jener Paragraphen nach auf die Sponsion zu beziehen sei. Wäre aber hiermit wirklich eine befriedigende Erklärung jener erneuerten Erörterung gegeben? oder ist nicht vielmehr der Begriff der Dejection im Interdicte selbst genau der nämliche, wie er es in der Sponsion sein würde? weshalb hätte Ulpian ihn also für die Sponsion nochmals erörtern sollen? Uebrigens würde man von Lenels Ausgangspuncte zu dem unerträglichen Ergebnisse gelangen, daß die von Ulpian an späterer Stelle behandelte sponsio ex interdicto auch im Edicte selbst auf der formula iudicii secutorii ex interdicto gefolgt sei, welche nach dem genannten Gelehrten[22d]) bereits in den §§. 40—42 der l. 1 cit. behandelt wird. Hiernach ist auf die gegenwärtige Reihenfolge der Paragraphen schwerlich großes Gewicht zu legen. Immerhin dürfte gegenüber dem starken Beweise, welchen Ciceros Rede für die allgemein gehaltene Fassung der Sponsion in Caecinas Processe erbringt, aus l. 1 §§. 45—47 citt. höchstens abgeleitet werden, es habe eine zweite, vielleicht spätere, Fassung der Sponsion gegeben, welche die Voraussetzungen des Interdictes ausdrücklich aufnahm. Wann aber und wo sie dies etwa that, da wird sie dann auch das streitige Grundstück individuell bezeichnet haben;[22e]) denn nur, wo die Sponsion an und für sich betrachtet das Streitverhältniß klarstellt,

22c) A. a. O. S. 373 f.
22d) A. a. O. S. 373 unten.
22e) Vgl. Lenel a. a. O. S. 374.

hat es einen Zweck, ihr den Gesammtinhalt des Interdictes einzuverleiben. Jedenfalls bildet die Rede pro Caecina keinen Grund, eine solche Individualisirung der Sponsion abzulehnen.

Gelegentlich ist die Ansicht ausgesprochen worden,[23]) das agere ex interdicto per sponsionem sei in solchen Fällen ausgeschlossen geblieben, in welchen die eine oder andere Partei oder jede von beiden Peregrin war, denn die Form der sponsio sei bekanntlich propria civium Romanorum gewesen.[24]) Allein was zwingt zu der Annahme, daß bei jenem Verfahren stets und nothwendig gerade die Fassung: spondesne? spondeo angewandt wurde? Bekanntlich umfaßt der Ausdruck „sponsio" außer der Stipulation mit diesem Stichworte jede andere Stipulation.[25]) Anderseits würden mit der Ausschließung des Sponsionsverfahrens für den Fall der Betheiligung eines Peregrinen für solchen Fall nicht allein die prohibitorischen Interdicte, und damit z. B. der gesammte Besitzschutz durch interdicta retinendae possessionis, schlechthin unanwendbar gewesen

23) So von Th. Mommsen in Zeitschr. für geschichtl. Rechtswissensch. Bd. 15 S. 381 f. und dessen Widerlegung bei Schmidt a. a. O. S. 244 ff. Vgl. auch Moritz Voigt das ius naturale, aequum et bonum und ius gentium der Römer Thl. 2 S. 622 ff.

24) Gai. III, 93.

25) L. 7 D. de V. S. 50, 16 (Paul. lib. 2. ad ed.): „Sponsio" appellatur non solum, quae per sponsus interrogationem fit, sed omnis stipulatio promissioque. Nach ihrer Inscription bezog sich diese Stelle wahrscheinlich auf die Vadimoniumsstipulation, welche im Edicte vermuthlich (ebenso wie die stipulatio ex interdicto reddito) „sponsio" genannt war. „Dann bedurfte der Ausdruck schon wegen der möglichen Betheiligung von Peregrinen weiter Auslegung." Lenel Zeitschr. der Savigny-Stift. Bd. 2. rom. Abth. S. 39 unter 8.

sein, sondern thatsächlich nicht minder die gebietenden. Denn das bei letzteren außerdem statthafte Verfahren per formulam arbitrariam setzt voraus, daß der Impetrat darauf anträgt;[26]) und ebendies würde im fraglichen Falle selbstverständlich unterblieben sein. Ein derartiges Ergebniß aber muß umsomehr geradezu undenkbar genannt werden, als ja nicht blos die Prätoren in Rom, sondern auch die Provinzialstatthalter[27]) Interdicte erließen.[28])

26) Gai. IV, 163 sq. S. unten §. 1838d Ziffer 99 nach N. 8.

27) Gai. IV, 139: praetor aut proconsul.

28) S. auch Keller sem. I p. 402 sqq. — Ebenso wenig ist ersichtlich, weshalb das Uti possidetis seiner Natur nach auf Provinzialgrundstücke nicht anwendbar gewesen sein sollte, wie man aus Frontin. de controvers. agr. Lachm. 36, 13 sqq. (videbimus tamen, an interdicere quis possit de eiusmodi possessione) gefolgert hat. Rudorff, die Schriften der römischen Feldmesser, Bd. 2 S. 450 N. 557, meint, der Zweifel Frontins beruhe darauf, weil er den Einzelnen nicht als Eigenthümer, sondern nur als Besitzer (l. c. 4, 1 sq.), folglich die Ausübung seines Rechtes nicht wieder als Besitz betrachte. Aber dann würde folgerecht Frontinus auch dem bösgläubigen Besitzer das Uti possidetis haben verweigern müssen! Nach Kappeyne, Abhandlungen S. 162, wäre das Uti possidetis, weil in das Edict des städtischen Prätors aufgenommen, somit allein für „civilrechtlichen Besitz" abgefaßt gewesen, und die Uebertragbarkeit der petitorischen Formel auf andern Grundbesitz hätte die Uebertragung des Interdictes auf solchen nicht von selbst inbegriffen; erst nach der Feststellung des edictum perpetuum durch Julian scheine das Uti possidetis auch in der provinzialen Rechtspflege allgemein durchgedrungen zu sein, wie l. un. Cod. uti poss. 8, 6 (Dioclet.) bezeuge. Allein aus der Aufnahme des Uti possidetis in das Edict des praetor urbanus folgt die civile, d. h.

· Die sponsio ex interdicto ist eine sponsio poenalis: deshalb hat der Impetrat, welcher sie eingeht, den Anspruch

bei Provinzialgrundstücken nicht vorhandene, Natur des mit demselben geschützten Besitzes gewiß um so weniger, als sicherlich das nämliche Interdict auch im Edicte des praetor peregrinus stand. Wäre jedoch das Uti possidetis ausschließlich für „civilrechtlichen Besitz" „abgefaßt" gewesen, so würde dasselbe ohne wesentliche Aenderung auch infolge der julianischen Redaction der hauptstädtischen Edicte auf Provinzialgrundstücke nicht haben erstreckt werden können. Seine Anwendbarkeit auf diese hing m. E. lediglich von der einfachen Thatsache ab, ob dasselbe in das einzelne Provinzialedict aufgenommen worden war. Sollte dies nun aus unbekanntem Grunde zu Frontinus Zeit in der einen oder der andern Provinz noch nicht geschehen sein, so wäre in seiner Aeußerung eben der Hinweis auf die Verschiedenheit der Provinzialedicte in der fraglichen Beziehung zu erblicken. Möglicherweise aber erklärt sich jene Aeußerung noch anders, insofern sie nicht davon verstanden zu werden braucht, ob das Uti possidetis überhaupt auf Provinzialgrundstücke Anwendung finde, was vielmehr als bekannt vorausgesetzt wird, sondern füglich auch auf die Frage bezogen werden kann, ob an solchen Grundstücken gewisse Eingriffe in den Besitz sich mittels desselben (nämlich in der Form des secundarium interdictum) ebenso abwehren lassen, wie an praedia soli Italici. Sofern das „enim" der folgenden Worte (lin. 16—23) nicht ganz verkehrt gesetzt ist, scheinen diese eine derartige Deutung zu erheischen. „Multa enim et varia incidunt, quae ad ius ordinarium pertinent, per provinciarum diversitatem . nam cum in Italia ad aquam pluviam arcendam controversia non minima concitetur, diverse in Africa ex eadem re tractatur . quom sit enim regio aridissima, nihil magis in quaerella habent, quam si quis inhibuerit aquam pluviam in suum influere: nam et aggeres faciunt, et excipiunt et continent eam, ut ibi potius consumatur, quam effluat."

auf eine restipulatio,[28a]) ohne Zweifel von gleichem Betrage.[29])

Ueber den Inhalt dieser restipulatio besitzen wir nur dürftige Bemerkungen.

Gai. IV, 165: — actor provocat adversarium sponsione, [quod] contra edictum praetoris non exhibuerit aut non restituerit; ille autem adversus sponsionem adversarii restipulatur.

§. 166: — postea alter alterum sponsione provocat, quod adversus edictum praetoris possidenti sibi vis facta sit, et invicem ambo restipulantur adversus sponsionem; vel — — una inter eos sponsio item*que re*stipulatio *una* — ad eam fit.

Die Fassung der restipulatio entsprach wahrscheinlich der Fassung der sponsio im Einzelfalle so genau als möglich.[29a]) War also die sponsio specialisirt, so war es auch

28a) Gai. IV, 94: Non tamen haec summa sponsionis exigitur [bei der in rem actio per sponsionem]. non enim poenalis est, sed praeiudicialis, et propter hoc solum fit, ut per eam de ea re iudicetur. unde etiam is, cum quo agitur, non restipulatur. S. auch unten §. 1839 Ziffer 109 zu N. 51 f.

29) Doch glaube ich nicht, mit Schmidt a. a. O. S. 248 N. 15 hierfür einen Hinweis in Gai. IV, 166a. 168 (167 wäre hinzuzufügen) finden zu dürfen: hier handelt es sich nicht um die restipulatio auf die nämliche sponsio, vielmehr um die sponsio der einen Wette und die restipulatio der andern; beide Wetten aber konnten wohl auf verschiedene Beträge gehen. S. unten N. 36.

29a) A. M. Huschke Multa S. 77 N. 183, welcher annimmt, die Restipulation habe stets einfach gelautet: „at si restitui (exhibui), tunc eandem summam mihi dare spondes? Sein Grund dafür, eine vollkommen richtige Fassung im Einzelnen würde schwierig gewesen sein, erledigt

die restipulatio; wo jene nur im allgemeinen auf das Interdict Bezug nahm, geschah das Gleiche in der restipulatio. So lautete in dem Falle pro Caec. 32, 92 [30]) auch die restipulatio aus dem Unde vi auf Grund der Behauptung des Impetraten: „se restituisse“ ganz allgemein:

si ex edicto praetoris fundum Cornelianum restitui.

Enthielt die sponsio eine exceptio, so wurde diese, wie Schmidt [31]) fein bemerkt, in der restipulatio als alternativer Verpflichtungsgrund gestaltet, z. B. etwa:

Si de fundo Capenate te vi non deieci aut si te vi a me possidentem vi deieci (oder vielleicht: aut si a me aut vi aut clam aut precario possedisti).

Wie die Höhe der Sponsionssumme bestimmt wurde, läßt sich nur vermuthen. Viele Wahrscheinlichkeit hat die Annahme Huschkes, [32]) dieselbe sei festgestellt tanti, quanti actor iuraverit non calumniae causa se postulare sponsionem fieri. Dafür spricht die Analogie des vadimonium. [33])

sich wohl kraft unsrer Annahme über die Fassung der Sponsion. S. zu N. 19 f.

30) S. oben S. 96. Vgl. Lenel ed. perp. S. 374 N. 3.

31) A. a. O. S. 248. Vgl oben §. 1837a Ziffer 75 Thl. 1 S. 486.

32) Jurisprud. anteiust. ad Gai. IV, 165 ed. V. p. 400 n. 2.

33) Gai. IV, 186: quanti actor iuraverit non calumniae causa postulare sibi vadimonium promitti. Lenel ed. perp. S. 360 N. 1. A. M. Dernburg, Entwicklung und Begriff des juristischen Besitzes des römischen Rechts S. 22, welcher diese Behauptung für „nicht annehmbar und willkürlich“ erklärt, da es für einen solchen Calumnieneid „an jeder selbst moralischen Grundlage fehlen“ würde. Aber woher kommt diese Grundlage für den Calumnieneid beim Vadimonium? und ist angesichts des

Während jedoch das vadimonium in den gewöhnlichen Fällen den Betrag von 100,000 Sestertien nicht überschreiten sollte und wahrscheinlich auch nicht die Hälfte des Streitwerthes,[34]) werden wir nach Lenels Reconstruction von l. 1 pr. i. f. D. uti poss. 43, 17[35]) wohl annehmen dürfen, daß die sponsio allgemein, und vorbehaltlich der prätorischen Ermäßigung, ihre Begrenzung erst im vollen Streitwerthe[35a]) fand. In der That erscheint diese Fest-

letztern Huschkes Annahme willkürlich zu nennen? Eine objective Werthermittelung war hier sicherlich ebenso wenig angebracht, als dort. Wenn dagegen Dernburg meint, vor übertriebenen Anforderungen habe die Nothwendigkeit der Restipulation geschützt, so verwechselt er den Schutz gegen eine an sich unbegründete Forderung mit demjenigen gegen eine begründete, nur in ihrer Höhe übertriebene Forderung. — Die von Huschke für seine Vermuthung angezogene l. 7 §. 4 D. quod vi 43, 24 (v.: simpli litem aestimandam) beweiset dafür übrigens schwerlich etwas. S. über diese Stelle unten §. 1838b Ziffer 93 nach N. 39. — Kappeynes Ansicht über die summa sponsionis s. unten §. 1838d Ziffer 101 N. 35a.

34) Arg. l. 3 §. 4 D. de eo, per quem fact. erit. 2, 11. cf. l. 115 pr. D. de V. O. 45, 1. Huschke Gaius S. 135 f.

35) Wonach das Edict statt: neque pluris, quam quanti ea res erit, intra annum, quo primum experiundi potestas fuerit, agere permittam — ursprünglich gelautet hat: quanti uter iuraverit, non calumniae causa se postulare sponsionem fieri, neque pluris, quam quanti res erit, intra annum, quo primum experiundi potestas fuerit, sponsionem restipulationemque facere permittam. S. oben Thl. 1 §. 1837b Ziffer 77 S. 497 f.

35a) Dernburg a. a. O. setzt hier statt „Werth des Besitzes" „Werth der Besitzung", vielleicht des Wohlklangs wegen, vermuthlich jedoch ohne die Absicht und das Bewußtsein, damit sachlich etwas Anderes zu sagen.

setzung des Sponsionsbetrages durchaus dem Verhältnisse angemessen, sofern es richtig ist, daß dieselbe vor der lex Aebutia entstanden ist, und iudicia secutoria erst nach diesem Gesetze eingeführt worden sind.[35b]) Alsdann würde in voller Allgemeinheit die Bemerkung zutreffen, welche Bruns[35c]) in besondrer Anwendung auf das Uti possidetis macht, welches niemals ein iudicium secutorium auf Schadensersatz wegen edictswidriger vis erhalten hat: „Offenbar hatten die Strafsponsionen den Zweck, den Schadensersatz für die „vis“ und das „inquietare“ in Form und Maaß einer Strafe zu vermitteln.“

Bei interdicta duplicia war es demnach möglich, daß die sponsio der einen Partei und die ihr entsprechende restipulatio auf einen andern Betrag gingen, als die sponsio der Gegenpartei und die restipulatio auf die letztere.[36])

35b) Vgl. unten §. 1839 Ziffer 113 zu N. 16.

35c) Besitzklagen S. 34.

36) Quanti uter iuraverit (s. oben N. 35). — Wie Kappeyne van de Coppello Abhandlungen S. 127 aus der Erklärung des Gaius (IV, 166), es habe in dem viergliedrigen Urtheile über die sponsiones stets dieselbe Partei Recht und dieselbe Unrecht bekommen, sowie aus Quintilian. Inst. orat. VII, 5, 3 (in sponsionibus, quae ex interdictis fiunt, etiamsi non proprietatis est quaestio, sed tantum possessionis; tamen non solum possedisse nos, sed etiam nostrum possedisse, docere oportebit) folgern kann: „Die Summe, als der im voraus festgestellte Betrag, welcher für Prozeßkosten der unterliegenden Partei auferlegt werden sollte, mußte daher in allen vier sponsiones dieselbe sein“, — vermag ich nicht zu verstehen, — wie mir auch jeder Anhalt für die Annahme des genannten Gelehrten S. 125 N. 1 a. E. fehlt, „daß die fragliche Summe (nämlich der sponsio poenalis ex interdicto retinendae possessionis) eine feste

Bei eben diesen Interdicten konnte vielleicht die Sponsion einer jeden Partei mit ihrer Restipulation auf die Sponsion des Gegners verbunden werden, so daß also statt zweier Sponsionen und zweier entsprechenden Restipulationen nur Eine Sponsion und Eine Restipulation stattfand. [36a]). Nur wird auch hier die Zusage nicht auf quanti quaeque earum rerum erit, tantum dare, also ein incertum, gegangen sein, [36b]) sondern geradeso wie bei den Einzelsponsionen und Einzelrestipulationen auf eine certa summa, nämlich auf den aus beiden Sponsionssummen gebildeten Gesammtbetrag.

und in allen Fällen gleiche und so eigentlich lediglich nominale war." Gegenüber den gewaltigen Werthunterschieden der denkbaren Streitfälle würde das m. E. äußerst ungeschickt und unbillig gewesen sein.

36a) Gai. IV, 166 fol. 244 v. 11 lieset ziemlich sicher: una inter eos sponsio itemque restipulatio una, und v. 12 ebenso: ad eam fit. Huschke Zeitschr. für geschichtl. Rechtswissensch. Bd. 13 S. 334 und Jurisprud. anteiust. ed. 5. ad h. l. ergänzt: vel stipulationibus iunctis duabus una inter eos sponsio itemque restipulatio una alterius adversus eam fit, indem er das „ad" in v. 12 statt des von ihm vorausgesetzten „adv"(ersus) für ein Schreiberversehen hält. Studemund-Krüger vermuthen: — restipulatio una tantum ad eam fit. Schmidt a. a. O. S. 288 N. 7 hält die Verbindung von sponsio und restipulatio für praktisch unfruchtbar und möchte sie deshalb nicht annehmen. Sein eigner Vorschlag aber, die Lücken der Stelle dem Sinne nach etwa so zu ergänzen: vel si unus tantum sponsione provocavit alterum, una inter eos sponsio et una restipulatio adversus eam fit — dürfte durch die Entdeckung der interdicta secundaria widerlegt sein.

36b) Wie Huschke Zeitschr. a. a. O. S. 334 unter Beifall Rudorffs zu Puchtas Inst. §. 169 N. k annimmt. S. dagegen Schmidt a. a. O. S. 287 f. N. 7.

90. Was das zeitliche Verhältniß der sponsio und der restipulatio zum interdictum redditum betrifft, so darf zunächst als sicher angenommen werden, daß die restipulatio in jedem Falle der sponsio sich unmittelbar anschloß, m. a. W. daß das fragliche Verhältniß für beide genau das gleiche ist.[37]) Ebenso wird es nicht zu bezweifeln sein, daß die Doppelsponsionen aus interdicta duplicia stets in unmittelbarem Anschlusse an einander eingegangen wurden.

Hinsichtlich der gebietenden Interdicte ergiebt sich, wie Schmidt[38]) treffend bemerkt hat, aus Gai. IV, 164 sq.[39]) mit Sicherheit, daß der Impetrant nicht berechtigt war,

37) Schmidt a. a. O. S. 248 unter III.

38) A. a. O. Bruns Besitzklagen S. 37 f. Exner Zeitschr. der Savigny-Stift. roman. Abth. Bd. 8 S. 171. — Schon hiermit ist die gänzlich grundlose Behauptung Huschkes Studien S. 3 N. 4 widerlegt, die sponsio habe sich unmittelbar an das interdictum redditum anzuschließen gepflegt.

39) S. oben S. 86 f. Pfersche Interdicte S. 98 bestreitet, daß Gai. IV, 165 die Behauptung des Textes erweise. Nach dieser Stelle werde vom Impetraten eine Erklärung auf das erlassene Interdict erwartet, nach welcher sich das Weitere richte. Stillschweigen bis zum exire de iure sei als Leugnen betrachtet worden; daraus ergebe sich, daß bei ausdrücklichem Leugnen der Schluß des Termines nicht habe abgewartet zu werden brauchen, und einer sofortigen Provocation nichts im Wege gestanden habe. Pfersche übersieht hierbei, daß das Interdict ein Befehl des Magistrates ist, welcher, soweit seine Voraussetzungen vorliegen, befolgt werden muß, aber keine Erklärung des Impetraten erheischt, wie ja auch die Bitte um einen Arbiter nichts weiter ist als die sofortige Unterwerfung unter den Befehl gemäß der unparteiischen Auslegung desselben durch den Arbiter.

die sponsio in demselben Termine zu begehren, in welchem er das Interdict erwirkt hatte. Denn bis zu seinem Fortgehen aus diesem Termine hatte der Impetrat die Befugniß, um einen Arbiter zu bitten. In der That wäre es eine große Unbill gegen den Impetraten gewesen, hätte man ihn da, wo er gemäß dem Interdicte wirklich zur Restitution oder zur Exhibition verpflichtet war, unweigerlich mit der poena sponsionis getroffen, ohne ihm Frist zur Erfüllung seiner Pflicht zu gewähren. [40]) Indessen läßt diese Ausführung immer noch die Möglichkeit offen, daß die Sponsion sofort nach Erlaß des Interdictes eingegangen wurde, falls Impetrat damit einverstanden war. — Nicht minder müssen wir Schmidt [41]) hinsichtlich der prohibitorischen Interdicte darin zustimmen, daß die sponsio unmittelbar nach Erlaß eines solchen Interdictes jedenfalls dann verfrüht war, wenn in diesem Augenblicke noch keine vis adversus interdictum vorlag: es hätte alsdann in der Klage aus der sponsio der Impetrat freigesprochen, in der

40) Wie deutlich dies den Römern war, erhellt aus l. 4 §. 2 D. de hom. lib. exh. 43, 29 (Schmidt S. 249): Venul. lib. 4. interd.: Nullo tempore dolo malo retineri homo liber debet, adeo ut quidam putaverint, nec modicum tempus ad eum exhibendum dandum, quoniam praeteriti facti poena praestanda est. Beim interdictum de homine libero exhibendo sollte also nach der Ansicht jener quidam dem Impetraten eine Exhibitionsfrist weder dann gegeben werden, wenn er confessus in iure, noch dann, wenn die pronuntiatio in der actio arbitraria oder im iudicium secutorium gegen ihn ausgefallen war. Dagegen ist jene Ansicht nicht auch davon zu verstehen, daß, falls Impetrat nicht um einen Arbiter bat, er noch in dem Termine des interdictum redditum zur Eingehung der sponsio gezwungen worden wäre. S. unten den Context.

41) A. a. O. S. 249 vgl. S. 54 f.

Klage aus der restipulatio aber der Impetrant verurtheilt werden müssen. Dabei bleibt dann freilich die Möglichkeit sofortiger sponsio für den Fall offen, wo in der Fortdauer eines vom Impetraten selbst schon vor Erlaß des Interdicts veranlaßten Zustandes eine vis adversus edictum lag. [42])

Wir vermögen indessen weder die eine noch die andre Möglichkeit gelten zu lassen.

Die erste nicht, weil diejenige sponsio, welche der Prätor als Voraussetzung des weitern Verfahrens ex interdicto reddito hingestellt hatte, eben als nothwendiges Proceßinstitut der Willkür der Parteien entrückt sein mußte. M. a. W. eine Sponsion, welche unmittelbar nach Erlaß eines gebietenden Interdictes noch in dem nämlichen Termine nach freier Vereinbarung der Parteien eingegangen wurde, war gar nicht diejenige Sponsion, an welche der Prätor den Fortgang des Verfahrens anschließen wollte, — eben so wenig etwa, wie dies eine sponsio mere praeiudicialis gewesen sein würde, zu deren Eingehung die Parteien sich zweifellos ja auch hätten verständigen können. Für derartige gewillkürte Sponsionen ex interdicto reddito war in iure schlechterdings kein Platz. [42a])

Gegen die zweite Möglichkeit redet schon die unleugbare Thatsache, daß die unter dem gleichen Gesichtspuncte denkbare Erbittung eines Arbiter bei prohibitorischen Inter-

42) S. oben Thl. 1 §. 1837 Ziffer 63 und 64.

42a) Arg. l. 52 pr. D. de V. O. 45, 1: — praetoriae stipulationes legem accipiunt de mente praetoris, qui eas proposuit: denique praetoriis stipulationibus nihil immutare licet neque addere neque detrahere. l. 1 §. 10 D. de stip. praet. 46, 5: Sed et si quid vel addi vel detrahi vel immutari in stipulatione oporteat, praetoriae erit iurisdictionis. Vgl. übrigens §. 1837a Ziffer 74 N. 44 a. E. Thl. 1 S. 472.

dicten überhaupt ausgeschlossen blieb.[43]) Darin liegt doch wohl unverkennbar ausgesprochen, daß auch die in der Fortdauer eines vor Erlaß des Interdicts begründeten Zustandes liegende vis adversus edictum niemals als eine der Vergangenheit oder auch nur der Gegenwart angehörige vis in Betracht gezogen wurde, sondern stets nur als eine im Augenblicke des interdictum redditum erst zukünftige. Es wäre sonst die reinste Willkür gewesen, für den fraglichen Fall aus einem prohibitorischen Interdicte die modestior via litigandi[44]) zu versagen.[45])

Der durchschlagende Grund aber gegen beide Möglichkeiten liegt darin, daß die Eingehung der sponsio im Termine des interdictum redditum gänzlich zwecklos gewesen sein würde: in keinem Falle hätte vermöge dieses denkbar frühesten Sponsionsabschlusses das agere ex sponsione auch nur um Einen Augenblick beschleunigt werden können. Denn der Zeitpunct dieses agere hing überhaupt nicht vom Belieben der Parteien ab.

Setzen wir die Einführung des Interdictenverfahrens schon vor die lex Silia de legis actione per condictionem, so müssen wir als die älteste Form des agere ex sponsione die legis actio sacramento in personam anerkennen, an deren Stelle demnächst die legis actio per condictionem aus dem genannten Gesetze trat; andernfalls ist es die letztere legis actio, welche ihrerseits durch die formula condictionis abgelöset worden ist. Alle drei Klagformen aber gehören dem ordo iudiciorum im Hartmannschen Sinne

43) Gai. IV, 141: et quidem ex prohibitoriis interdictis semper per sponsionem agi solet. Ulp. fragm. Vindob. V Kr.: prohibitoria vero semper per sponsionem explicantur.

44) Gai. IV, 163.

45) Vgl. oben §. 1837 Ziffer 61 Thl. 1 S. 358 ff.

an, d. h. die Litiscontestation mittels ihrer ist ausschließlich im rerum actus statthaft. [46]) Das agere per sponsionem ex interdicto war also gar nicht möglich vor dem nächsten, auf den Erlaß des Interdictes folgenden, rerum actus.

Für eine sponsio mere praeiudicialis, welche ja lediglich ein Stück derjenigen Handlungen bildet, wodurch res in iudicium deducitur, läßt sich füglich gar kein andrer Platz denken, als der Termin, in welchem aus der durch sie geschaffenen actio ex sponsione lis contestirt werden soll. Und eben für diesen Platz finden wir die Bestätigung in der unbefangenen Auffassung von Gai. IV, 93 in Beziehung auf die in rem actio per sponsionem:

Per sponsionem vero hoc modo agimus: [46a]) provocamus adversarium tali sponsione: ***si homo, quo de agitur, ex iure Quiritium meus est, sestertios XXV nummos dare spondes?;*** deinde (also in unmittelbarem

46) S. Hartmann röm. Gerichtsverfassung §. 38.

46a) Man beachtet die Parallele des per sponsionem agere zu dem per formulam petitoriam agere in §§. 91 sqq., wo der letztere Ausdruck jedenfalls am natürlichsten gerade von der litis contestatio verstanden wird. Für die Verschiebung der sponsio mere poenalis führt Pfersche Interdicte S. 99 Anm. 3 an Cic. pro Quint. c. 8 sq. In dem hier besprochenen Falle aber handelt es sich wahrscheinlich nicht um ein iudicium ordinarium, sondern um ein iudicium extraordinarium vor einem auf Vereinbarung der Parteien ihnen addicirten Richter (l. c. c. 9 §. 32 v.: te iudicem, C. Aquili, sumsit. Vgl. O. E. Hartmann röm. Gerichtsverfassung S. 558 unter 2): ist dies richtig, so wurde hier die Sponsion nur deshalb hinausgeschoben, weil Quintius sich zunächst darüber entscheiden mußte, ob er in der Schuldklage des Naerius cautio iudicatum solvi machen, oder jene sponsio eingehen wolle.

Anschlusse daran) formulam edimus, [46b]) qua intendimus, sponsionis summam nobis dari oportere; qua formula ita demum vincimus, si probaverimus rem nostram esse.

Wie ungeschickt fürwahr würde es gewesen sein, auch nur einen mäßigen Zeitraum zwischen jene sponsio und die Klage daraus zu schieben: hätte ja doch inzwischen das Eigenthum des Klägers durch usucapio seitens des Gegners oder durch Untergang der Sache verloren gehen, und damit die sponsio völlig nutzlos werden können!

Nun aber hat auch die sponsio poenalis präjudicielle Function, d. h. auch sie soll als Handhabe dazu dienen, den sachlichen Streitpunct der richterlichen Entscheidung zu unterwerfen. Schon deshalb ist es mindestens das Natürlichste, daß auch sie erst in demjenigen Augenblicke eintritt, in welchem jene Entscheidung angegangen wird. Dazu stimmt auf das Beste, was Gai. IV, 165 von gebietenden Interdicten sagt:

Itaque si arbitrum non petierit (der Impetrat), sed tacitus de iure exierit, cum periculo res ad exitum perducitur. nam actor provocat adversarium sponsione, [*quod*] contra edictum praetoris non exhibuerit aut non restituerit; ille autem adversus sponsionem adversarii restipulatur. *deinde* actor quidem sponsionis formulam edit adversario, ille huic invicem restipulationis etc. [46c])

In der That würde ein verfrühter Abschluß unsrer sponsio poenalis noch besondere Unzuträglichkeiten herbeigeführt haben. Wäre nämlich die einmal gemachte Spon-

46b) Edere ist hier das endgültige, der Litiscontestation unmittelbar vorausgehende. Hartmann a. a. O. S. 461 N. 62 a. E.

46c) Aehnlich Schmidt a. a. O. S. 251 f.

sion schlechthin maßgebend geblieben, so würde der Impetrat auch dann unweigerlich verurtheilt worden sein, wenn er zwischen Eingehung derselben und Ertheilung der actio ex sponsione den Gegner befriedigt hatte. Alsdann aber würde er sich schwerlich zu einer solchen Befriedigung veranlaßt gefühlt haben: der Impetrant wäre also gezwungen gewesen, zu warten, obwohl der Impetrat an sich geneigt war, ihm sofort gerecht zu werden; umgekehrt würde der Letztere nicht nur die vielleicht höchst drückende Steigerung seiner Verpflichtung durch diesen Verzug auf sich zu nehmen gehabt haben, sondern unter allen Umständen die schwere poena sponsionis. Um ein so unverständiges Ergebniß zu vermeiden, wären nun zwei Wege denkbar gewesen. Entweder man hätte (wenigstens beim agere per formulas) in die Klage aus der vorzeitigen Sponsion eine exceptio aufnehmen können, welche die Freisprechung des Impetraten bewirkte, sofern sich herausstellte, daß inzwischen der Impetrant befriedigt war, oder seine Nichtbefriedigung lediglich an ihm selbst lag. Oder man hätte die alte Sponsion durch eine neue ersetzt, welche unter den gleichen Voraussetzungen vom Impetraten gewonnen werden mußte. War es aber da nicht weit einfacher und für den Impetraten weit sicherer, die Sponsion überhaupt bis unmittelbar zur Anstellung der Klage aus ihr zu verschieben? Denn in Wahrheit kam es ja nur darauf an, ob in diesem Augenblicke das Interdict befolgt worden sei.

Es fehlt jedoch auch nicht an einem entscheidenden Quellenbelege dafür, daß der Abschluß der sponsio ex interdicto reddito zeitlich zusammenfällt mit dem agere ex interdicto reddito.

Wir haben oben [46d]) nachgewiesen, daß nach Paul. IV, 7, 6 für die Befugniß, die sponsio ex interdicto ex-

46d) §. 1837b Ziffer 77 Thl. 1 S. 498 ff.

hibitorio reddito zu fordern, dieselbe Verjährungszeit bestand, wie für die actio aus dieser sponsio. Ließen wir es zunächst dahingestellt, ob nicht ungeachtet der Eingehung der sponsio die actio ex sponsione als solche verjähren könne, so werden wir jetzt geradezu das Gegentheil behaupten dürfen: jenes Zusammenfallen der Verjährungszeit für die sponsio und für die actio ex sponsione erklärt sich nur kraft der Voraussetzung, daß die letztere in unmittelbarem zeitlichen Anschlusse an die erstere erfolgt. M. a. W.: die sponsio findet in dem nämlichen Termine statt, in welchem die litis contestatio in der actio ex sponsione geschieht, d. h. im rerum actus. Die sponsio ist also nicht nur die sachliche Grundlage der actio: der Act ihrer Eingehung bildet vielmehr auch formell die nothwendige Einleitung zu der litis contestatio aus dieser actio.

Eine weitere Bestätigung findet endlich diese Annahme in Lenels Restitution des Edictes in l. 1 pr. i. f. D. uti poss. 43, 17.[47]) Nach derselben nämlich wird eine sponsio aus dem Uti possidetis gestattet „intra annum, *quo primum experiundi potestas fuerit*;“ und eben dies ist die technische Bezeichnung für die Möglichkeit der Litiscontestation.[47a]) Daß aber die Verjährung für die Sponsion mit dem Augenblicke beginnt, in welchem zuerst die Möglichkeit der litis contestatio (selbstverständlich für die actio ex sponsione) geboten war, ist wiederum nur dann verständlich, wenn eben dieser Augenblick der erste war, in welchem die Sponsion selbst hätte eingegangen werden können.

So versteht es sich eigentlich von selbst, daß die Wei-

47) S. oben Ziffer 89 N. 35 S. 106.

47a) Ueber die Ansicht Dernburgs, Entwicklung und Begriff des juristischen Besitzes des römischen Rechts S. 23, vgl. oben §. 1836a Ziffer 39 a. E. Thl. 1 S. 223 f. N. 80.

gerung des Impetraten, die Sponsion zu leisten, ganz ebenso behandelt wurde, wie die Weigerung der Einlassung als solcher, das se iudicio uti oportet non defendere. Und in der That finden wir dem Letztern das si sponsionem fieri oportebit, sponsionem non facere in der lex Rubria c. 22 völlig gleichgestellt.[48]) Da es sich hier nicht um certa pecunia credita handelt, so gilt der indefensus nicht als ex iudicieis dateis iudicareve recte iusseis iure lege damnatus;[49]) vielmehr wird er durch missio in bona cum venditionis effectu zur ordnungsmäßigen Uebernahme des iudicium genöthigt.[50])

Hindert der Impetrat den immittirten Gegner an der Besitznahme oder an der Innehabung seines Vermögens, so erwächst Letzterm nicht, wie Schmidt[51]) annimmt, ein neues Interdict, nämlich Ne vis fiat ei, qui in possessionem missus est; denn ein solches Interdict hat es für die missio rei servandae causa nicht gegeben. Es ist mithin auch nicht nöthig, den durch die Annahme dieses

48) Lin. 34 sqq.: — aut sei sponsionem fierei oportebit, sponsionem non faciet [*aut*] non restituet, neque se iudicio utei oportebit defendet etc. Mit Recht bezieht Demelius Confessio S. 127 N. 1. S. 148. S. 158 N. 1 die in cap. 22 cit. erwähnte sponsio auf den Interdictenproceß, und S. 136 N. 3. vgl. S. 147 ff. das eben dort erwähnte restituere auf die Auswirkung der actio arbitraria im Interdictenproceß.

49) Lex Rubria c. 21 lin. 13 sq.

50) L. c. c. 22 lin. 45 sqq.: praetor — in eum et in heredem eius — ita ius deicito decernito, eosque duci bona eorum possideri proscreibeive veneireque iubeto, ac sei is heresve eius de ea re in iure apud praetorem — neque se iudicio, utei oportuisset, defendisset. Dazu Demelius a. a. O. S. 154 ff. Ueber die interdicta duplicia s. unten §. 1838c Ziffer 97 zu N. 65.

51) A. a. O. S. 247.

Interdictes hervorgerufenen Schein eines circulus inextracibilis mit der Behauptung abzuwehren, daß vermöge des genannten Interdicts, welches jede Behinderung der Besitzergreifung verbiete, der Eingewiesene, wo nöthig, mit starker Hand in gestatteter und rechtlich geschützter Selbsthülfe habe vordringen können. Uebrigens würde damit in der That ein für jeden Eingewiesenen gangbarer Ausweg schwerlich gebahnt gewesen sein. Vielmehr erhält der immissus infolge der bezeichneten Behinderung eine actio in factum auf sein volles Interesse. [52]) Selbstverständlich kann die Folge davon, daß der Impetrat auch dieser Klage sich entzog, nicht wiederum eine missio in bona eius gewesen sein. Allein ohne Zweifel fand der Prätor iure suae potestatis geeignete Mittel, dem Impetranten zu seinem Rechte zu verhelfen. [53])

Die Weigerung des Impetranten, nach der Sponsion des Gegners auf dessen restipulatio sich einzulassen, bewirkt die denegatio actionum ex sponsione: es liegt darin die Nichtbefolgung einer Auflage des Prätors. [54])

Fraglich bleibt, ob der Impetrant gleich nach Erlaß des Interdictes Vadimonium dahin verlangen durfte, daß,

52) L. 1 §. 5 D. ne vis fiat ei. 43, 4. Lenel ed. perp. S. 341 §. 216.

53) Vgl. l. 3 pr. §. 1 D. eod., wo ein derartiges extra ordinem iure potestatis exsequi gegenüber dem non admitti des fideicommissi servandi missus dem interdictum Ne vis fiat als das melius vorgezogen und für die missio Antoniniana gestattet wird.

54) L. 26 §. 6 D. ex quib. c. mai. 4, 6: — si, dum decreto praetoris non obtemperat, iurisdictionem ei denegaverit etc. Vgl. O. E. Hartmann über das römische Contumacialverfahren S. 213 zu N. 7, wo unter „Anstellung der Klage“ die gerichtliche Einleitung bis zur Litiscontestation selbstverständlich mitgemeint ist.

falls er nicht innerhalb bestimmter Frist befriedigt werde, der Impetrat sich zwecks der sponsio ex interdicto stelle. In der That meint unter Berufung auf Gai. IV, 184 [55]) verbunden mit 141 [56]) v. Bethmann-Hollweg, [57]) wo nicht etwa der Impetrat einen Arbiter erbat, da habe der Impetrant es nicht leicht unterlassen, den Termin für die Provocation zur Sponsion sich durch Vadimonium zu sichern.

Indessen würde es bei prohibitorischen Interdicten sicherlich verfrüht gewesen sein, sogleich nach deren Erlaß einen Termin zur Eingehung der sponsio: an adversus edictum factum sit — anzuberaumen; davon konnte füglich erst dann die Rede sein, wenn Impetrant ein derartiges Zuwiderhandeln behauptete. Sobald er das that, mußte er also durch neue in ius vocatio den Gegner zum Erscheinen vor dem Prätor veranlassen, und zwar zunächst nicht sowohl zum Abschlusse der Sponsion, als vielmehr zu dessen Vorbereitung, sowie zwecks Anmeldung der Sache für den bevorstehenden rerum actus, in welchem jener Abschluß, wie wir gesehen, überhaupt erst stattfinden konnte.

Damit jedoch verliert die Verbindung jener Aeußerungen des Gaius für unsere Frage die Beweiskraft überhaupt; auch für die gebietenden Interdicte sind wir zur

55) Cum autem in ius vocatus fuerit adversarius, neque eo die finiri potuerit negotium, vadimonium ei faciendum est, id est, ut promittat, se certo die sisti.

56) Nec tamen cum quid iusserit fieri aut fieri prohibuit, statim peractum est negotium, sed ad iudicem recuperatoresve itur etc.

57) Röm. Civilpr. Bd. 2 S. 367 f. zu N. 117. — Die in l. 1 §. 10 D. de it. 43, 19 erwähnte dilatio, welche hier ebenfalls angeführt ist, gehört sicher nicht in diesen Zusammenhang: sie geht dem Erlasse des Interdictes vorher. S. oben §. 1838 Ziffer 87 S. 57 zu N. 96.

Beantwortung derselben auf allgemeine Erwägungen verwiesen.

Nun hätte ohne Zweifel der Impetrat, sofern derselbe einen Arbiter nicht erbat, noch in dem nämlichen Termine, in welchem ein derartiges Interdict ergangen war, aufgefordert werden können, zwecks der Einleitung des Sponsionsverfahrens in einem neuen Termine sich zu stellen und dafür Vadimonium zu machen. Allein, falls man eine außergerichtliche Befriedigung des Impetranten überhaupt erwartete (und bevor im Formularverfahren dem Impetraten die Möglichkeit eröffnet worden war, einen Arbiter zu erbitten, mußte man dieser Erwartung stets Raum geben), wäre es gewiß wenig zweckmäßig gewesen, dafür ohne alle Sachprüfung sofort eine Frist zu setzen: es konnte sich verständigerweise lediglich nach den, zur Zeit noch völlig ungewissen, Umständen richten, binnen welcher Frist die Befolgung des prätorischen Befehles zu erbringen thunlich war.[58]) Genug, daß der Impetrant, sobald er seine Erwartung, infolge des Interdicts in billig mäßiger Frist befriedigt zu werden, getäuscht sah, nunmehr das Sponsionsverfahren einleiten durfte. Benutzte der Impetrat die ihm gewährte Möglichkeit, bis zur wirklichen Eingehung der Sponsion im rerum actus den Gegner klaglos zu stellen, so würde eine allzu eilige Einleitung des Sponsionsverfahrens als überflüssige Bemühung sich herausgestellt haben. Weigerte sich dagegen der Impetrat hartnäckig, den Impetranten zu befriedigen, so gelangte dieser unter allen Umständen vor dem nächsten rerum actus doch nicht zur Sponsion; die Einleitung derselben geschah also immer noch rechtzeitig, wenn die mittels

58) Darüber, daß dem Impetraten eine Frist zur Befolgung des gebietenden Interdictes gegönnt wurde, s. oben S. 114 f. nach N. 46c und unten §. 1838d Ziffer 104 zu N. 44.

ihrer angemeldete Sache in diesem rerum actus zur Verhandlung kommen konnte. So durfte es m. E. dem Impetranten überlassen bleiben, zur gegebnen Zeit den Gegner, der ihn nicht befriedigt hatte, nochmals in ius zu vociren, um nunmehr das Sponsionsverfahren einzuschlagen; ein Vadimonium für die Eröffnung dieses Verfahrens fand nicht statt.

§. 1838 b.

bb) Das agere ex sponsione.[1])

91. Setzen wir das Interdictenverfahren schon vor die lex Silia de legis actione per condictionem, so müssen wir als die älteste Form des agere ex sponsione und ex restipulatione, wie bereits oben [2]) erwähnt, die legis actio sacramento in personam gelten lassen, welche dann kraft jenes Gesetzes durch die legis actio per condictionem ersetzt wurde. War dagegen das genannte Gesetz älter, als der Interdictenproceß, so ist die legis actio per condictionem die älteste Procedurform für denselben gewesen. Im Formularverfahren war es die condictio certi.

In einer dieser Formen wurde also die von den Parteien eingegangene Wette mittels zweier gleichzeitig anhängig gemachter Klagen mit entgegengesetzten Parteirollen zum Austrage gebracht.

Wir haben bereits gesehen, [3]) daß das iudicium ex sponsione im Formularverfahren auch exceptiones aufnehmen konnte, ebenso wie die sponsio und das Interdict selbst. Schwerlich aber war es in das Belieben des Impetraten gestellt, ob er seine exceptio an der einen oder

1) Schmidt a. a. O. S. 251—262.
2) §. 1838a Ziffer 90 S. 112.
3) Oben §. 1837a Ziffer 74 Thl. 1 S. 471.

an der andern dieser drei Stellen vorschützen wollte.[4]) Mag es ihm immerhin gelegentlich gestattet worden sein,

4) Wo sonst die Möglichkeit vorkommt, eine und dieselbe exceptio an mehreren Stellen des Verfahrens vorzuschützen, beruht dies stets auf einem besondern Grunde. So darf die exceptio der Scta Vellaeanum und Macedonianum deshalb noch der actio iudicati entgegengesetzt werden (l. 11 D. de Scto Maced. 14, 6), damit die Verwirklichung des gesetzgeberischen Gedankens thunlichst der Willkür und der Rechtsunkenntniß der Intercedentin und des Haussohnes entzogen werde. Vgl. Mandry Familiengüterrecht Bd. 1 S. 489 f. Umgekehrt ist es nur eine Abkürzung des Verfahrens, wenn die exceptio in quantum facere potest debitor, welche ihrer Natur nach der actio iudicati gegenüber steht, zwecks Herabminderung der condemnatio schon der Schuldklage selbst entgegengestellt wird. l. 41 §. 2 D. de re iud. 42, 1. l. 33 pr. D. de donat. 39, 5. l. 17 §. 1 D. sol. matr. 24, 3. cf. l. 5 pr. quod cum eo. 14, 5. Aehnlich verhält es sich mit der exceptio cedendarum actionum. Diese macht einen Anspruch geltend, welcher erst durch die Leistung des Excipienten begründet wird (cf. l. 36 D. de fideiuss. 46, 1 v.: accepta pecunia; l. 39 eod. v. cum — totum exsolvit; l. 2 §. 1 Cod. eod. 8, 40 v.: non prius — quam omne debitum exsolvatur), also, schon gegenüber der Schuldklage vorgebracht, ex postfacto dann eigentlich als verfrüht erscheint, wenn der Excipient es noch zur actio iudicati kommen läßt. Indessen begreift es sich, daß er, in der Voraussetzung der Leistung, schon der Schuldklage gegenüber zweckmäßig erhoben wird. Und da, wo die abzutretende Klage durch die Schuldklage selbst, welcher er entgegentreten sollte, consumirt wurde, mußte er sogar vor der Litiscontestation in letzterer erhoben werden. L. 41 §. 1 D. de fideiuss. 46, 1. l. 1 §. 18. l. 20 §. 1 D. de tut. act. 27, 3. cf. l. 95 §. 11 D. de solut. 46, 3. Nicht minder endlich ist die in l. 10 §. 3 D. de comp. 16, 2 gewährte Befugniß, eine connexe

eine exceptio, deren Einfügung in das Interdict selbst zu erwirken er versäumt hatte, in der sponsio oder in der actio ex sponsione nachzuholen:[5]) der Zweck jener dreifachen Möglichkeit lag sicherlich in einer derartigen, dem römischen Rechte sonst fremden, Nachsicht gegen den Beklagten nicht. In der That würde jene Möglichkeit sich kaum erklären lassen, wenn Erlaß des Interdictes, Eingehung der Sponsion und Ertheilung der Klage aus der Sponsion in unmittelbarem zeitlichen Anschlusse an einander erfolgt wären. Bei unsrer Annahme dagegen, wonach die Eingehung der Sponsion erst im rerum actus, also nothwendig erst einige Zeit nach Erlaß des Interdicts, erfolgt, stellt es sich ohne weiteres als geboten heraus, daß solche selbständige Vertheidigungsgründe, welche der Impetrat erst in dieser Zwischenzeit erwarb, als exceptiones in der sponsio oder in der actio ex sponsione vorgebracht wurden. Ob das Eine oder das Andre geschah, hing vermuthlich von der Fassung der Sponsion ab: nahm dieselbe den Gesammtinhalt des Interdictes in sich auf, so wurde wohl auch die exceptio ihr selbst einverleibt; lautete umgekehrt die Sponsion ganz allgemein auf adversus edictum non fecisse, contra edictum non restituisse oder exhibuisse eum, quo cum agitur, so fand die exceptio gewiß am besten in der actio ex sponsione ihren Platz.

Bei eben jener Annahme bleibt wenigstens thatsächlich der von Schmidt[6]) für denkbar gehaltene Fall ganz

Gegenforderung gegen eine prätorische Cautionalstipulation entweder in die Caution selbst einzurücken, oder erst gegenüber der Klage aus dieser Caution geltend zu machen, durch wichtige sachliche Erwägungen geboten. S. Ubbelohde über den Satz: ipso iure compensatur S. 83 ff.

5) S. oben §. 1838 Ziffer 87 S. 57.

6) A. a. O. S. 251.

ausgeschlossen, daß ungeachtet der Eingehung der Sponsion der Impetrant mit der Klage ex sponsione zögere: Eingehung der Sponsion und Erhebung der Klage aus dieser Sponsion sind Stücke eines einzigen untrennbaren Hergangs. Es wird mithin auch nicht vorkommen, daß der Impetrat als Kläger ex restipulatione selbständig vortritt. Umgekehrt ist natürlich auch daran nicht zu denken, daß der Letztere sich zwar auf die actio ex sponsione einlasse, seinerseits aber ex restipulatione nicht klage: seine eigne Klage ist die selbstverständliche Ergänzung seiner Einlassung auf jene Klage.[7]) Die Nichteinlassung der einen Partei auf die Klage des Gegners aus dessen Sponsion zog zweifellos die missio des Letztern in die bona des Erstern nach sich.[8])

Die Zuständigkeit des interdicirenden Jurisdictionsmagistrats auch für die actio ex restipulatione wird dadurch begründet, daß der Impetrant sich für diese als nothwendiges Stück des Verfahrens gegen ihn stattfindende Klage selbstverständlich der Gerichtsbarkeit jenes Magistrates unterwirft, indem er seinerseits das Interdict, bezw. die sponsio und die actio ex sponsione begehrt.

7) Deshalb wird unter den cetera ex interdicto, deren Unterlassung beim Uti possidetis das interdictum secundarium nach sich zieht, das eigne agere ex sponsione ebenso wenig erwähnt, wie das restipulare auf die gegnerische sponsio. Gai. IV, 170. Vgl. auch oben §. 1836c Ziffer 57 Thl. 1 S. 324 f.

8) Die Möglichkeit, daß jemand, ungeachtet er die sponsio ex interdicto geleistet hat, auf die Klage aus dieser sponsio sich nicht einläßt, erkennt ausdrücklich an Gai. IV, 170 (v.: aut si sponsiones non faciat sponsionumve iudicia non accipiat). Nur ist beim interdictum duplex die Folge der Nichteinlassung nicht die missio in bona, sondern der Erlaß des interdictum secundarium. S. unten §. 1838c Ziffer 97 zu N. 66.

Ebenso selbstverständlich ist die gleichzeitige Ueberweisung beider Klagen an das nämliche Geschwornengericht, mit welcher im Formularverfahren aller Wahrscheinlichkeit nach zugleich eventuell die Zuweisung des iudicium secutorium verbunden wird.[8a]) Für alle diese Klagen ist die Entscheidung derselben Fragen maßgebend, der Fragen nämlich, ob das Interdict für den Impetraten bindend erlassen worden; und eventuell, ob er dem Interdict nachgekommen sei. Bei einem iudicium duplex werden die beiderseitigen Klagen aus den Sponsionen und Restipulationen sammt den verschiedenen Nachklagen demselben Geschwornengerichte überwiesen.[9]) — Das Interdictenverfahren per sponsio-

8a) S. unter Ziffer 93 zu N. 58a. — Im Legisactionenverfahren würde dies nur dann möglich gewesen sein, wenn das iudicium secutorium so gefaßt werden konnte, daß es nicht von der im Augenblicke der litis contestatio noch schwebenden Bedingung: „si Aulus Agerius sponsione vicerit“ abhängig war: nulla enim legis actio prodita est de futuro (Vat. fragm. §. 49); von einer derartigen Fassung aber wissen wir nicht allein nichts, sondern sie dürfte auch kaum zu construiren sein.

9) Gai. IV, 166a sqq.: iudex, apud quem de ea re agitur, illud scilicet requirit, [*quod*] praetor interdicto conplexus est, id est uter eorum eum fundum easve aedes per id tempus, quo interdictum redditur, nec vi nec clam nec precario possederit . cum iudex id exploraverit, et forte secundum me iudicatum sit, adversarium mihi et sponsionis et restipulationis summas, quas cum eo feci, condemnat et convenienter me sponsionis et restipulationis, quae mecum factae sunt, absolvit etc. — Für die interdicta simplicia scheint den unmittelbaren Textbeleg zu enthalten Gai. IV, 141: ad iudicem recuperatoresve itur et ibi editis formulis quaeritur etc. Allein da diese Worte sich auch auf das Verfahren per formulam arbitrariam beziehen, so sind sie immerhin kein ganz sicherer Beweis.

nem gehört mithin zu den privata iudicia, von denen Quintilian[10]) sagt: unum iudicem habere multis et diversis formulis solent.[11])

Das Geschwornengericht bestand bald aus unus iudex, bald aus recuperatores.

Gai. IV, 141: — ad iudicem recuperatoresve itur etc.

Die recuperatores wurden in diesem Falle dem album iudicum selectorum entnommen.[12]) Sofern es hierfür noch einer Bestätigung bedürfte, finden wir diese für die actio ex sponsione aus dem Unde vi in *Cic.* pro Caec. 13, 38:

si auctoritate *virorum talium* vis armatorum hominum iudicio approbata videatur etc.

Denn, wie Hartmann[13]) bemerkt hat, bedient Cicero sich gern „des emphatischen tales viri, um die Würde der gesetzlichen Richter hervorzuheben.“[14])

Ob Recuperatoren auch über die Klagen aus Sponsionen bei anderen Interdicten urtheilten, und bei welchen etwa, wissen wir nicht. In dem nothwendig per sponsiones eingeleiteten Verfahren über das Uti possidetis urtheilt unus iudex.[15])

10) Inst. orat. III, 10, 1.
11) Vgl. im allgemeinen Planck die Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten im Prozeßrecht S. 70 ff.
12) Vgl. O. E. Hartmann röm. Gerichtsverfassung S. 253 ff.
13) A. a. O. S. 254 f.
14) S. die a. a. O. angezogenen Stellen: pro Tullio §. 43 §. 53. pro Quintio 20, 64. pro Rosc. Am. 26, 72. 52, 151. in Verr. II, 2, 17, 43. pro Cluent. 38, 106 vgl. 107 und 53, 147. in Vatin. 17, 40. de inv. II, 47, 139. Hinzuzufügen ist außer pro Caec. 13, 38 pro Quint. 9, 32 und pro Tull. §. 36.
15) Gai. IV, 166a (N. 9). Quintil. VII, 5, 3. Es ist

Daß die Verurtheilung in der actio ex sponsione oder ex restipulatione die Verpflichtung zur Zahlung der summa sponsionis oder restipulationis mit sich bringt, diese summa mithin eine poena ist, haben wir bereits wiederholt berührt. [16])

92. Der Sieg in der Klage über die Sponsion spricht dem Impetranten eine Straffumme zu, befriedigt ihn dagegen nicht wegen des sachlichen Anspruchs, zu dessen Schutze er das Interdict impetrirt hat. Wie es mit diesem Anspruche vor der Anwendung des Formularprocesses auf die Interdicte etwa gehalten worden sein mag, werden wir bei Erörterung der geschichtlichen Bedeutung der Interdicte prüfen. [16a]) Im Formularverfahren finden wir neben der Klage über die Sponsion eine zweite Klage zum Schutze jenes sachlichen Anspruchs ertheilt. Dieselbe verfolgt also den nämlichen Zweck, welchen bei gebietenden Interdicten die formula arbitraria verfolgt. Indessen unterscheiden sich vermuthlich beide Klagen in der Fassung der Condemnationsvoraussetzung. Die formula arbitraria wird selbständig ertheilt; es ist demnach unerläßlich, daß gemäß derselben der arbiter vor allem zu prüfen hat, ob das Interdict bindend erlassen worden ist: die intentio jener Formel muß mithin auf die Richtigkeit der Voraussetzungen des Interdictes als solche lauten, also z. B.:

Quod opus — vi aut clam factum est, si arbitratu tuo non restituetur, quanti ea res erit etc. [17])

wohl nur ein Versehen, wenn Kuntze Cursus 2. Aufl. §. 220 vor N. 3 hier iudex recuperatoresve erwähnt.

16) S. namentlich §. 1838a Ziffer 89 S. 103 f. Gai. IV, 141 (S. 86). 167: sponsionis et restipulationis — summam poenae nomine solvere. 168: tantum sponsionis et restipulationis summam poenae nomine debet.

16a) S. unten §. 1839 Ziffer 113 zu Anf.

17) Lenel ed. perp. S. 358 f. Vgl. Schmidt a. a. O.

Sachlich bildet nun freilich die bindende Kraft des Interdictes nicht minder die Voraussetzung für die condemnatio in dem der Klage über die Sponsion angehängten iudicium. Allein bei letzterm bedarf es keiner besondern Entscheidung darüber: die maßgebende Entscheidung ist bereits in der Sponsionsklage ergangen. Würde gleichwohl jene Voraussetzung ausdrücklich auch in die Formel dieses iudicium eingerückt, so wäre damit der Anschein hervorgerufen, als ob die in der Sponsionsklage unterlegene Partei für die Nachklage eine neue Untersuchung über jene Voraussetzung verlangen dürfte. Sollte dem mit Sicherheit vorgebeugt werden, so läßt sich als Inhalt der intentio dieser Nachklage nicht füglich etwas Anderes erwarten, als ein

Si Aulus Agerius sponsione vicerit.

Und so bestätigt es in der That Gai. IV, 165:

sed actor sponsionis *formulae subicit* et aliud iudicium de re restituenda vel exhibenda, ut si sponsione

S. 258, welcher bei den interdicta, quae rei persecutionem continent, insoweit eine conceptio in ius für möglich hält. Ich kann hierin einen glücklichen Ausdruck des an sich richtigen Gedankens nicht erblicken, daß, insofern das Interdict selbst auf ein Recht des Impetranten Bezug nimmt, (z. B. das interdictum de liberis exhibendis mit den Worten „Qui quaeve in potestate Lucii Titii est“) auch die intentio der formula arbitraria diese Beziehung aufnehmen muß. Denn die condemnatio ist nicht sowohl durch das Dasein dieses Rechtes als solches bedingt, als vielmehr durch das Dasein dieses Rechtes in Verbindung mit einem andern, dem ius civile nicht angehörigen, Umstande (z. B. „si is eave apud te est dolove malo tuo factum est, quo minus apud te esset“); die intentio bleibt demnach ungeachtet jener Bezugnahme auf ein Recht in factum concepta.

vicerit, nisi ei res exhibeatur vel restituatur (cetera desunt). [18])

Eine technische Benennung ist uns für diese allgemeine Nachklage nicht bezeugt; es ist jedoch üblich, auf sie die für zwei verschiedene iudicia bekundete Bezeichnung anzuwenden, welche sich an den Sieg des minus licitans in der Klage über seine Sponsion aus dem Uti possidetis anschließen können, [19]) — nämlich „iudicium secutorium". Und jene Bezeichnung erscheint insofern durchaus passend, als ja auch für diese allgemeine Nachklage der Grund zutrifft, womit Gaius die fragliche Bezeichnung für das eine der erwähnten iudicia beim Uti possidetis rechtfertigt: quod sequitur sponsionis victoriam.

Mußte wegen des iudicium secutorium der Impetrat

18) Vgl. zu vorstehenden Ausführungen Schmidt a. a. O. S. 257 f. Lenel ed. perp. S. 358 unter 2 S. 360 unter 4. A. M. Huschke Studien S. 8, welcher die intentio des iudicium secutorium construirt: Si paret, Numerium Negidium Aulum Agerium contra edictum illius praetoris eo, unde deiectus erat, non restituisse. Ihm stimmt bei Schirmer Judicialstipulationen S. 65 f. N. 3. — Weniger beweiskräftig, als der im Texte mitgetheilte Ausspruch des Gaius, dürfte Ciceros Rede pro Caecina sein. Allerdings läßt sich das Schweigen des Redners über die Herausgabe des streitigen Besitzes, welche seinem Clienten doch vorzugsweis wichtig sein mußte, recht wohl daraus erklären, daß mit der Entscheidung über die Sponsion, auf welche seine Rede sich ausschließlich bezieht, kraft rechtlicher Nothwendigkeit zugleich die maßgebende Entscheidung über die Nachklage getroffen ist; indessen ist jenes Schweigen kaum minder dadurch verständlich, daß die Verhandlung über das secutorium iudicium bis zur Entscheidung über die Sponsion ausgesetzt blieb. Schirmer a. a. O. S. 65.

19) Gai. IV, 166. 169.

da, wo seine Passivlegitimation in Besitz oder Innehabung des Streitgegenstandes beruhte, ähnlich wie dies wegen einer in rem actio der Fall war, satisdatio leisten, namentlich etwa cautio iudicatum solvi?

Diese Frage ist keineswegs mit Schmidt[20]) einfach durch Hinweis auf Gai. IV, 102[21]) verneinend zu erledigen. Zunächst nämlich steht es durchaus nicht fest, daß die iudicia secutoria mit der von uns angenommenen, die Person des Beklagten völlig aus dem Spiele lassenden, intentio: Si Aulus Agerius sponsione vicerit — in dem hier gemeinten Sinne in der That iudicia in personam seien. Sodann aber müssen wir unter allen Umständen außer den in jener Stelle von Gaius beispielsweis angeführten Fällen von iudicia in personam, in welchen propter genus actionis Satisdation erfordert wurde, mindestens noch für Eine der Nachklagen aus der fructus licitatio beim Uti possidetis das Gleiche annehmen. Denn selbst wenn wir bezweifeln wollten, daß die auf das iudicium fructuarium bezüglichen Worte bei Gai. IV, 169 i. f. (Cod. Veron. p. 245 v. 20): „actoris . satis accipiat“ mit Huschke[22]) aufzulösen wären: „actor *iudicatum solvi* satis accipiat,“ so liefet doch Studemunds Apographum

20) A. a. O. S. 92.

21) Quodsi proprio nomine aliquis iudicium accipiat in personam, certis ex causis satisdare solet, quas ipse praetor significat . quarum satisdationum duplex causa est: nam aut propter genus actionis satisdatur, aut propter personam, quia suspecta sit; propter genus actionis, veluti iudicati depensive aut cum de moribus mulieris agitur; propter personam, veluti si cum eo agitur, qui decoxerit, cuiusve bona[a] creditoribus possessa proscriptave sunt, sive cum eo herede agatur, quem praetor suspectum aestimaverit.

22) Kritische Jahrbücher für deutsche Rechtswissenschaft Jahrgang 3. 1839 S. 26 N. *), vgl. Studien S. 332 ff.

Gai. IV, 170 (Cod. Ver. p. 246 v. 5): „*aut qui* fructus licita*tionis* s*atis* non da*t*.“ Demnach ist es ungeachtet Gai. IV, 102 recht wohl denkbar, daß auch bei Nachklagen aus anderen Interdicten Satisdation gefordert wurde.

Und wäre es nicht fürwahr höchst seltsam, wenn der pro herede oder pro possessore possessor, welcher doch gegenüber der hereditatis petitio schlechthin cautionspflichtig war, gegenüber dem interdictum Quorum bonorum unter allen Umständen cautionsfrei geblieben sein sollte? Hier paßt Puchtas Erklärung[23]) dafür, daß bei persönlichen Klagen regelmäßig eine Caution nicht stattfinde, in der That ganz und gar nicht; man kann vom Quorum bonorum im Gegensatze zur hereditatis petitio sicherlich nicht sagen, daß die Ungleichheit der Parteien hinsichtlich der Sicherung des Erfolges im Falle des Sieges „nicht erst durch das Proceßverhältniß, sondern schon durch die Natur des Obligatio, aus der geklagt wird, selbst gegeben (sei); der Kläger befinde sich in jener Unsicherheit nicht erst als Kläger, sondern schon als Gläubiger.“ Noch viel weniger aber vermag das, was Wetzell[24]) vorträgt, als Erklärung dafür zu genügen, daß bei den Nachklagen aus Interdicten Caution nicht geleistet worden sei. Der genannte Gelehrte sagt: „Der Richter, welcher beurtheilt, ob die Voraussetzungen des prätorischen Befehles vorhanden seien, fällt eigentlich kein Urtheil, sondern spricht nur einen Befehl in Concreto aus, der in allgemeiner Form vom Prätor bereits durch das Edict ausgesprochen worden ist;[25]) er nimmt so zu

23) Institutionen §. 157 nach N. c.

24) Der römische Vindicationsproceß S. 92 ff.

25) Vgl. auch das. S. 93 f. vom iudicium Cascellianum: „In Beziehung auf die Sache erscheint der auf Sponsion und Restipulation beruhende Spruch des Richters wie-

sagen dem Prätor die Worte aus dem Munde. Prätorische Befehle aber können nicht eigentliche Executionsmittel zur Folge haben; gibt also der Prätor zur Verwirklichung seines Befehles ein Arbitrium de Lite æstimanda, so geschieht dies nicht, um vom Besitzer die Folgen der Manus Injectio oder Missio in Bona abzuwehren, sondern vielmehr, um weiterhin auf den Grund eines richterlichen Urtheils den Weg ordnungsmäßiger Execution einschlagen zu können. Zu besonderer Sicherstellung des Klägers liegt mithin keine Veranlassung vor." Hier wird also ohne weiteres als erwiesen angenommen, daß es für die Nachklagen keine Caution gegeben habe, und dann versucht, diese unverkennbare petitio principii mit nicht minder willkürlichen Behauptungen rein formell zu rechtfertigen, ohne daß dabei das Bedürfniß des Lebens irgend berücksichtigt würde. [26])

Oder sollten wir in dem mehr oder minder langen Aufschube der Entscheidung, welchen das Verfahren per sponsionem, weil an den rerum actus gebunden, unvermeidlich mit sich brachte, wirklich keine Veranlassung zu besonderer Sicherstellung des Interdictenklägers seitens des besitzenden Gegners erblicken? [27])

der nur als ein auf den concreten Fall angewandter prätorischer Befehl; und wird durch diesen der interimistische Besitzer zur Restitution des Besitzes an den Gegner verpflichtet, so ist er doch als Judicatus nicht zu betrachten."

26) So urtheilt auch Schmidt a. a. O. S. 294 N. 12: „Das ist meines Bedünkens pure Willkür, noch dazu spitzfindige und unpraktische Willkür. Eine jede Formel, welche eine condemnatio hat, verpflichtet den Richter zum condemnare aut absolvere; jeder, auf diesen Grund gefällte Spruch ist ein Judikat." S. auch Schirmer prätorische Judicialstipulationen S. 40 f. N. 5.

27) Nur beiläufig kann hier darauf hingewiesen werden, daß die Sicherstellung des Klägers bei einer in rem actio

Uebrigens ist auch nicht außer Acht zu lassen, daß das Erforderniß einer Sicherheitsleistung keine Unbill für den Impetraten mit sich bringt. Denn, abgesehen von den iudicia duplicia, bei denen, wie wir sehen werden, [28]) der plus licitans durch sein Höchstgebot die Nothwendigkeit der Cautionsbestellung auf sich nimmt, finden wir jenes Erforderniß wie seinen Anlaß, nämlich die im Besitze oder in der Innehabung des Streitgegenstandes gegebene Passivlegitimation, ausschließlich bei gebietenden Interdicten. [29]) Bei diesen aber lag es wenigstens zur Zeit des Formularprocesses in der Hand des Impetraten, durch ungesäumte Erbittung eines sofort urtheilenden Arbiter der, eben nur mit Rücksicht auf den Verzug bis zum rerum actus gebotenen, Cautionsleistung zu entgehen. [30]) Und sicherlich hat, neben der Freiheit von Proceßbuße, auch diese Möglichkeit in sehr vielen Fällen dem Verfahren per formulam arbitrariam den Vorzug verschafft.

Hiernach glauben wir die oben aufgeworfene Frage nach der Cautionspflicht des durch Besitz oder Innehabung des Streitgegenstandes dem Interdicte Ausgesetzten für das iudicium secutorium bejahen zu müssen. Daß wir in unseren Quellen von jener Pflicht keine Spur mehr finden,

seitens des besitzenden Gegners im engsten Zusammenhange mit der Einrichtung des rerum actus steht. S. O. E. Hartmann röm. Gerichtsverfassung S. 437. Francke Commentar über den Pandectentitel de Hereditatis Petitione S. 26 ff. Nach dem Untergange des rerum actus ist deshalb die Sicherstellung des Vindicanten außer Gebrauch gekommen. Francke a. a. O. S. 50. Vgl. auch unten §. 1838c Ziffer 95 zu N. 29 f.

28) S. unten §. 1838c Ziffer 94 zwischen N. 2a und N. 3. Ziffer 95 zu N. 17 und zu N. 31.

29) S. oben Thl. 1 §. 1837 Ziffer 58 S. 333 f. und Ziffer 59 S. 342 ff.

30) S. unten §. 1838d Ziffer 101 zu N. 50.

darf nicht befremden: ist ja doch in der Compilation Justinians thunlichst auch die Erwähnung der cautio iudicatum solvi für die formula petitoria ausgemerzt, während die echten Ueberlieferungen der classischen Zeit von den Einzelheiten des Interdictenverfahrens überhaupt äußerst dürftig sind.

Die Ableistung der Caution schloß sich vermuthlich so nahe wie möglich an den Erlaß des Interdictes an. Der Impetrant hatte dringenden Grund, sie zu fordern, sobald es feststand, daß der Impetrat die formula arbitraria nicht beantragte, also sogleich mit Ablauf des Termines, in welchem das Interdict ergangen war. Es steht wohl kaum ein Bedenken der Vermuthung entgegen, daß der Impetrant, um einen neuen Termin für die Cautionsbestellung zu ersparen, sogleich nach Erlaß des Interdictes vom Gegner, sofern dieser nicht seinerseits mit der Bitte um die formula arbitraria hervortrat, geradezu eine Erklärung hierüber fordern, und, falls auch nunmehr diese Bitte nicht erfolgte, das Begehren der Caution daran knüpfen durfte. Selbstverständlich jedoch mußte dem Impetraten Gelegenheit gewährt werden, taugliche Bürgen für seine Caution herbei zu schaffen.

Die Nichtleistung der dem Impetraten obliegenden Caution zog als ein Mangel der erforderlichen Defension ohne Zweifel missio in bona nach sich.

93. Für das iudicium secutorium aus gebietenden Interdicten ergiebt sich die arbiträre Natur aus *Gai.* IV, 165:

— actor sponsionis formulae subicit et aliud iudicium de re restituenda vel exhibenda, ut, si sponsione vicerit, ***nisi ea res exhibeatur aut restituatur*** (***cetera desunt***).

Bei derartigen Interdicten zeigt also das iudicium secutorium in fraglicher Beziehung volle Uebereinstimmung

mit der aus denselben nach Wahl des Impetraten ebenfalls statthaften formula arbitraria.

Gai. IV, 163: Namque si arbitrum postulaverit is, cum quo agitur, accipit formulam, quae appellatur arbitraria, et iudicis arbitrio si quid restitui vel exhiberi debeat, id sine periculo exhibet aut restituit, et ita absolvitur; quod*si nec restituat neque exhibeat, quanti ea res est condemnatur.* [30a])

Demgemäß dürfen wir eine Anzahl von Pandektenstellen, welche wo nicht nothwendig, so doch am natürlichsten vom Verfahren in einer actio arbitraria verstanden werden, gleichmäßig sowohl auf die formula arbitraria als auf das iudicium secutorium aus gebietenden Interdicten beziehen. [31])

30a) A. M. Huschke Multa S. 77 N. 185, welcher das secutorium iudicium wegen des seiner Formel hinzugefügten arbitrium iudicis freilich für eine arbitraria actio hält, nicht aber für eine arbitraria formula. Die Bezeichnung der letztern nämlich leitet er nicht her von jenem formelmäßigen arbitrium, sondern davon, daß ein arbiter (den er für einen auf Bitte der Partei aus eigner Macht des Prätors gegebenen Richter hält) urtheilte.

31) Als solche Stellen führt Schmidt a. a. O. S. 260 N. 18 auf: l. 2 §. 2 D. quod legat. 43, 3. l. 3 §. 14 D. de tab. exh. 43, 5. l. 1 §. 41 D. de vi 43, 16. l. 7 §. 1. l. 22 §. 2 D. quod vi 43, 24. l. 8 §. 4 D. de prec. 43, 26. l. 3 §. 13 D. de hom. lib. exh. 43, 29. Nach Lenel ed. perp. S. 355 nach N. 19. S. 373. S. 376 unter 3. S. 388 §. 256. S. 389 §. 258. S. 390 §. 261. S. 399 §. 268 sind noch hinzuzufügen: l. 3 §§. 11—13. 15 D. de tab. exh. 43, 5. l. 1 §§. 40—42. l. 6. l. 8 §. 1 D. de vi 43, 16. l. 7 pr. §. 3 i. f. l. 13 §. 7. l. 14. l. 15 §§. 7. 8. 10. 11. l. 16 §. 2 D. quod vi 43, 24. l. 38 §. 11 D. de usur. 22, 1. l. 5 D. h. t.

Auch für eines der iudicia secutoria bei dem prohibitorischen interdictum duplex Uti possidetis, nämlich für das Cascellianum, ist die arbiträre Natur bezeugt.

Gai. IV, 166[a] i. f.: et hoc amplius si apud adversarium meum possessio est, quia is fructus licitatione vicit, ***nisi restituat mihi possessionem, Cascelliano sive secutorio iudicio condemnatur.*** §. 167: — et praeterea ***possessionem restituere iubetur*** etc. [31a])

Und ebenso ist eine arbitraria formula mit der Clausel „neque ea res ex arbitratu restituetur", wie Schmidt [32]) ausführt, für das iudicium secutorium bei zwei Classen prohibitorischer interdicta simplicia denkbar, nämlich bei solchen, welche eine Anlage verbieten, [33]) und bei solchen, welche verbieten, den Impetranten im Innehaben, Fruchtziehen, Wegnehmen, Wegführen zu hindern. [34])

43, 1. l. 8 §§. 4—7 D. de prec. 43, 26. l. 8. l. 10 §§. 19—23. l. 14. l. 25 §§. 1. 4—6 D. quae in fraud. 42, 8. Dagegen geht die von Schmidt a. a. O. N. 17 gleichfalls auf beide Klagformen bezogene l. 21 pr. D. quod vi 43, 24, worin ein iussus iudicis ausdrücklich erwähnt wird, ausschließlich auf die formula arbitraria: der iudex ist sumptus, d. h. von den Parteien frei gewählt. Vgl. O. E. Hartmann röm. Gerichtsverf. S. 558 zu N. 14 vbd. mit S. 264 ff.

31[a]) Ueber die Ansicht Dernburgs, Entwicklung und Begriff des juristischen Besitzes des römischen Rechts S. 24, der das Cascellianum für ein arbitrium erklärt, s. unten am Ende dieser Ziffer zu N. 61 ff.

32) A. a. O. S. 260 f.

33) Z. B. bei den interdicta Ne quid in loco sacro, in loco publico, in via publica, in flumine publico fiat immittatur; ferner beim interdictum de remissione.

34) Z. B. bei den interdicta Ne vis fiat ei, qui legatorum servandorum causa, damni infecti nomine in possessionem missus est, ei, quae ventris nomine in possessionem missa

Bei anderen einfachen prohibitorischen Interdicten dagegen, bei denen, um Lenels[34a]) Worte zu gebrauchen, „das interdictswidrige Handeln sich nicht in einem dauernden Zustande verkörpert“,[34b]) würde jedenfalls eine formula arbitraria mit der angeführten Restitutionsclausel sinnlos sein. Es ist deshalb nicht unwahrscheinlich, daß die iudicia secutoria aus derartigen Interdicten eine arbiträre Fassung ebensowenig hatten, wie etwa die actiones confessoria und negatoria in Beziehung auf Prädialservituten.[35]) Indessen ist doch auch das Umgekehrte möglich, insofern das officium iudicis bei diesen Nachklagen sich nicht nothwendig in der Verurtheilung auf Geld wegen des bereits erwachsenen Schadens erschöpft, vielmehr wenigstens unter Umständen auch Cautionen oder sonstige Leistungen anzuordnen hat.[36]) Hier ließe sich eine Satisfactionsclausel in einer dem Einzelfalle angemessenen Fassung[37]) immerhin

est, de loco publico fruendo, de arboribus caedendis, de glande legenda, de migrando, Salvianum.

34a) A. a. O. S. 360.

34b) Z. B. bei den interdicta Ut via publica ire agere liceat, de via publica reficienda, Ut in flumine publico navigare liceat, de ripa munienda, de mortuo inferendo, de sepulchro aedificando, de cloaca privata, de rivis, de fonte reficiendo, aber auch bei den von Schmidt a. a. O. S. 261 nicht aufgezählten de itinere actuque privato, de itinere reficiendo, de aqua cottidiana et aestiva, de fonte, Ne vis fiat aedificanti.

35) Lenel a. a. O. §. 73 S. 152. Vgl. hinsichtlich des usus fructus das. §. 72 S. 149 N. 4 und 7.

36) L. 2 §. 18 D. ne quid in loco publ. 43, 8. l. 15 D. de O. N. N. 39, 1. Auch l. 2 §. 28 eod. und l. 1 §. 23 D. de aq. cott. 43, 20. Dies hat Schmidt a. a. O. S. 261 f. außer Acht gelassen. Vgl. unten §. 1838e Ziffer 104 zu N. 48 ff.

37) Vgl. §. 31 J. de act. 4, 6: — actiones arbitrarias, in

denken. Wir werden also am besten thun, mit Lenel[38]) der Entscheidung uns zu enthalten.

Worauf die condemnatio in den iudicia secutoria lautete, ist uns zufällig nicht unmittelbar überliefert; in Gai. IV, 165 bricht das lesbare Stück mit den oben mitgetheilten Worten „nisi ei res exhibeatur vel restituatur“ ab; und Gai. IV, 166a hat für das dort besprochene Cascellianum iudicium den Inhalt der condemnatio überhaupt nicht bezeichnet.[38a]) Gleichwohl wird es kaum zweifelhaft sein, daß die condemnatio jener Nachklagen ebenso wenig auf eine certa pecunia ging, als auf ein Mehrfaches des Schätzwerthes oder des Interesse der eigentlich geschuldeten Leistung, oder, ähnlich etwa wie bei der actio legis Aquiliae, auf eine eigenthümliche Festsetzung des einen oder des andern dieser Beträge: eine jede der genannten Möglichkeiten würde unsere Klagen zu Strafklagen gemacht haben. Daß sie dies jedoch nicht waren, ergiebt sich, ungeachtet der Unlesbarkeit des Schlußsatzes, doch mit ziemlicher Sicherheit aus Gai. IV, 165 (s. oben S. 87).

Denn hiernach liegt das periculum des Verfahrens per sponsionem in der Sponsion bezw. Restipulation, nicht aber zugleich in der Nachklage. In der That finden wir in unsrer Ueberlieferung, abgesehen von Einer Stelle, welche wir sogleich näher betrachten wollen, nirgends auch nur eine Spur von dem pönalen Character der iudicia secuto-

quibus, nisi arbitrio iudicis is, cum quo agitur, actori satisfaciat, veluti rem restituat vel exhibeat vel solvat vel ex noxali causa servum dedat, condemnari debeat.

38) A. a. O. S. 361. — Vgl. im ganzen unten §. 1838d Ziffer 100 zu N. 21 f.

38a) Schmidt a. a. O. S. 254 N. 2 meint, es beruhe dies vielleicht darauf, daß der Schreiber der veroneser Handschrift die in seiner Vorlage gebrauchte, ihm selbst nicht geläufige, Abkürzung etwa für die Worte „quanti ea res est“ übersehen habe.

ria; und doch ist gar kein Grund erfindlich, weshalb die Compilatoren bei der Verschmelzung des vom Interdicte selbst Gesagten mit dem auf jene Klagen Bezüglichen den Inhalt der letzteren so wesentlich hätten umgestalten sollen. Die erwähnte Stelle ist l. 7 §. 4 D. quod vi. 43, 24:

(*Ulp.* lib. 71. ad ed.): Est et alia exceptio, de qua *Celsus* (*Gallus scr.* M.) dubitat, an sit obicienda: ut puta si incendii arcendi causa vicini aedes intercidi, et Quod vi aut clam mecum agatur aut damni iniuria. *Gallus* enim dubitat,[38aa]) an excipi oporteret, „quod incendii defendendi causa factum non sit"? *Servius* autem ait, si id magistratus fecisset, dandam esse, privato non idem esse concedendum: si tamen quid vi aut clam factum sit, neque ignis usque eo pervenisset, *simpli litem aestimandam*: si pervenisset, absolvi eum oportere . idem ait esse, si damni iniuria actum foret, quoniam nullam iniuriam aut damnum dare videtur, aeque perituris aedibus . quod si nullo incendio id feceris, deinde postea incendium actum fuerit, non idem erit dicendum, quia non ex post facto, sed ex praesenti statu damnum factum sit nec ne, aestimari oportere *Labeo* ait.

Da diese Stelle zwischen dem Verfahren per formulam arbitrariam und per sponsionem nicht unterscheidet, so dürfen wir sie füglich auch von letzterm Verfahren verstehen, die in ihr erörterte Verurtheilung also auch auf das iudicium secutorium beziehen. Witte[38b]) meint freilich, unsere Stelle könne nur vom erstern Verfahren handeln, was Servius sicher ausdrücklich hervorgehoben haben werde, und was für Ulpian selbstverständlich gewesen sei, weil sich damals der Ausschluß der Sponsionen bereits von

38aa) Gallus enim dubitat del. M.
38b) Das interdictum Uti possidetis S. 21 f.

selbst verstanden habe.[38c]) „Wenn derjenige", sagt Witte, „welcher gewaltsam des Nachbars Haus niedergerissen hat, freigesprochen werden soll, sofern dies bei einer drohenden Feuersgefahr geschehen, und das Feuer bis zum Hause des Nachbars vorgedrungen ist, so kann nur eine actio arbitraria auf quanti ea res est in Frage stehen. — Wäre ex sponsione geklagt, so hätte den Verklagten nur eine exceptio in der Formel des Interdicts schützen können, die aber dem Privaten ausdrücklich versagt wird." Hierbei hat Witte jedoch übersehen, daß das Quod vi aut clam nur denen competit, quorum interest, opus factum non esse.[38d]) Fehlt es an dem erforderlichen Interesse, so ist das Interdict unverbindlich, und der Impetrat gewinnt auch den Proceß über seine sponsio: ex edicto se restituisse, obgleich er gar nichts restituirt hat.[38e])

Wenn es nun in unsrer Stelle heißt: *simpli* litem aestimandam, so ist der logische Gegensatz der Verurtheilung auf einen gesteigerten Betrag, also namentlich auf ein Mehrfaches, gar nicht abzuweisen; und es scheint das Nächstliegende, eine solche Verurtheilung in den gewöhnlichen

38c) Daß dies irrig ist, erhellt schon aus Ulp. fragm. Vindob. V (Kr.). S. oben §. 1838a Ziffer 89 S. 87. Vgl. auch unten §. 1839 Ziffer 113 vor N. 40.

38d) L. 11 §. 14. l. 16 pr. D. quod vi 43, 24.

38e) Umgekehrt dürfte Witte S. 20 f. irren, wenn er l. 22 §. 2 eod. ausschließlich auf das Verfahren per sponsionem bezieht. Es ist falsch, daß bei der actio arbitraria sich sofort herausstellen würde, Kläger habe an der Verurtheilung des Verklagten gar kein Interesse, da er ja das Erhaltene als widerrechtlicher Veranlasser der gegnerischen Handlung zurückerstatten müsse: die Beträge des beiderseitigen Interesse könne sehr verschieden sein. Deshalb ist recht wohl beiderseitige Verurtheilung auch mittels der arbitrariae formulae denkbar.

Fällen des Interdicts anzunehmen. Das jedoch müßte nicht nur nach Gai. IV, 165, sondern aus manchen weiteren Gründen, welche wir alsbald kennen lernen werden, Bedenken erregen. Deshalb meint Schmidt [39]) das *simpli* sei aus einer nicht ganz richtig gelösten oder übersehenen Abkürzung hervorgegangen, und schlägt vor, statt dessen zu lesen: simpliciter in dem Sinne von „einfach, ohne Weiteres." Allein die Stellen bei Dirksen, Manuale s. h. v. §. 2, auf welchen Schmidt wegen jenes Sinnes sich beruft, legen sämmtlich dar, daß, wie sich übrigens auch von selbst versteht, das simpliciter in der fraglichen Bedeutung für jeden einzelnen Fall seinen bestimmten logischen Gegensatz erfordert. Dieser Gegensatz besteht bald in einem causa cognita, [40]) bald in einem apud iudicem, [41]) bald in einem ex inquisitione, [42]) bald in einem „für bestimmte Vermögensstücke," z. B. ad bona materna, [43]) bald in einer bestimmten Voraussetzung, [44]) bald in einem Zusatze; [45]) bei aller Mannigfaltigkeit aber läßt er sich stets sicher und deutlich erkennen. Wo jedoch sollte er in unserm Falle zu suchen sein? Th. Mommsen will dadurch helfen, daß er zwischen *neque ignis usque eo pervenisset* und *simpli litem aestimandam* einschiebt:

eum, quo cum agatur Quod vi aut clam damnandum

39) A. a. O. S. 255 f. N. 6.
40) L. 6 §. 3 D. si quis om. c. test. 29, 4.
41) L. 18 (17) pr. D. ad leg. Jul. de adult. 48, 5.
42) L. 5 Cod. de auct. praest. 8, 59.
43) L. 9 §. 9 D. de adm. tut. 26, 7.
44) Vat. fragm. §. 124.
45) L. 27 §. 7 D. de recept. 4, 8. Vat. fragm. §. 52. l. 18 §. 1 D. de stip. serv. 45, 3. l. 66 §. 2 D. de legat. 2. l. 71 pr. D. de legat. 1. l. 1 §. 3 D. de V. O. 45, 1. l. 15 §. 3 D. ex qu. c. mai. 4, 6. l. 11 §. 6 D. de min. 4, 4. l. 67 §. 1 D. de V. S. 50, 16.

in id, quod interest, vel si damni iniuria cum eo actum esset —.

Auch dieser Vorschlag aber ist m. E. unhaltbar. Zuvörderst würden infolge desselben die Worte: „si pervenisset, absolvi eum oportere“ wo nicht ausschließlich, so doch jedenfalls zugleich auf die in der Einschaltung unmittelbar vorher genannte actio damni iniuria dati sich beziehen, somit die folgenden Worte: idem esse ait, si damni iniuria actum foret“ mindestens überflüssig sein. Sodann aber geht wenigstens im Sinne Ulpians und Justinians das Folgende: „quoniam nullam iniuriam aut damnum dare videtur aeque perituris aedibus“ gemäß der von dem nämlichen Ulpian in l. 49 §. 1 D. ad leg. Aquil. 9, 2 und l. 3 §. 7 i. f. D. de incend. 47, 9 unter Berufung auf Celsus getroffenen Entscheidung auch auf den Fall, wenn das Feuer zu dem niedergerissenen Gebäude nicht gelangt war: der obwaltende Nothstand schließt die Widerrechtlichkeit des damnum datum aus (nullam iniuriam). Hiernach aber würde jene Einschaltung einen Widerspruch in die Ausführung bringen. Endlich setzt die Einschaltung voraus, daß die actio legis Aquiliae in dem Falle, wenn das Feuer zu dem niedergerissenen Gebäude nicht gelangt ist, stets und nothwendig adversus confitentem gerichtet sei; denn nur auf solche Weise würde sich ihre Beschränkung auf das Simplum rechtfertigen. Jene Voraussetzung jedoch ist offenbar falsch: mag man im fraglichen Falle grundsätzlich der Klage stattgeben, so wird man doch dem Beklagten im Einzelfalle nicht wehren dürfen, zu bestreiten, daß er außerhalb eines Nothstandes, also *iniuria* gehandelt habe; und alsdann würde die Klage adversus negantem in duplum gehen müssen. [45a])

45a) Vgl. Alfr. Pernice zur Lehre von den Sachbeschädigungen S. 39 f. zu N. 18. Glück in diesem Commentar Thl. 10 S. 328 ff.

Anderseits ist es Willkür, das überlieferte *simpli* zu streichen,[46]) wenn man keine Erklärung dafür zu geben vermag, wie dasselbe versehentlich in die Florentiner Handschrift gekommen sei.

Halten wir es demnach fest, so werden wir doch schwerlich seine Bedeutung in der vera rei aestimatio im Gegensatz zu dem etwa höhern Interesse finden:[47]) für eine solche Beschränkung der Verurtheilung giebt es schlechterdings eine Rechtfertigung nicht.

Ebenso wenig möchte ich mit Lenel[47a]) den Gegensatz des simpli in der Schätzung durch Eid des Klägers erblicken. Zwar will ich nicht allzu sehr betonen, daß zu diesem Gegensatze unter allen Umständen etwa ein „secundum aestimationem iudicis“ oder dergl. besser stimmen würde. Allein, da Ulpian im Zusammenhange unsrer Stelle vom Schätzungseide durchaus nicht redet, so würde er in der That seinen Lesern ein Räthsel aufgeben, wenn er verlangen sollte, daß sie durch Herbeiziehung des Gedankens an jenen Eid sich das Verständniß seines Ausspruchs eröffneten. Noch entscheidender aber ist die sachliche Erwägung gegen diese Erklärung. Das Niederreißen eines fremden Hauses incendii arcendi causa geschieht unter solchen Umständen, welche überhaupt die Frage nach der Statthaftigkeit des Quod vi aut clam gestatten, meist gegen den entschiedenen Widerspruch des Hauseigenthümers, insofern also unzweifelhaft dolo malo: denn der Dolus, den das Interdict trifft, liegt gerade in dem bewußten Handeln

46) Wie es thut z. B. Noodt ad leg. Aquil. c. 19 (opp. Lugd. But. 1713 p. 215 col. 1).

47) Wie es, laut Schulting-Smallenburg ad h. l., thut Bachov adversus Ant. Fabrum de erroribus pragm. dec. 77 error 5.

47a) Ed. perp. S. 388 N. 1.

gegen ein, an sich begründetes, Verbot. Und durch denselben Dolus hat der Thäter sich zugleich die Restitution des vi factum unmöglich gemacht. Alsdann aber ist kein Grund vorhanden, das klägerische iusiurandum in litem auszuschließen, welches eben den, qui dolo malo fecerit, quo minus possit restituere, als contumax gegen den Restitutionsbefehl bestrafen soll. [47b])

Was jedoch nöthigt uns, diejenige Verurtheilung auf ein Mehr, welche den Gegensatz des simpli bilden soll, in einem andern Falle des Quod vi aut clam zu suchen? Die aufgeworfene Frage lautet dahin, ob gegenüber dem Interdicte oder gegenüber der actio legis Aquiliae die exceptio stattfinde: „quod incendii defendendi causa factum non sit"? Servius beantwortet diese Frage zunächst für das Interdict. Hier giebt er die exceptio, wenn das Niederreißen des fremden Gebäudes auf obrigkeitliche Anordnung geschehen ist, verweigert sie dagegen, wenn dasselbe ohne solche geschehen ist. Im letztern Falle aber unterscheidet er weiter. Freisprechung erfolgt, wenn durch das Niederreißen Schade nicht erwachsen, d. h. wenn die Feuersbrunst bis zu dem niedergerissenen Gebäude vorgedrungen ist. Es tritt Verurtheilung ein, wenn durch das Niederreißen ein Schade erwachsen, d. h. wenn die Feuersbrunst bis zu dem niedergerissenen Gebäude nicht vorgedrungen ist, jedoch Verurtheilung nur aus dem Interdict, also nur in simplum, nicht aus der actio legis Aquiliae, also niemals auf das duplum. Die actio legis Aquiliae muß vielmehr nicht allein, wie als selbstverständlich gar nicht berührt wird, dann zurückgewiesen werden, wenn das Niederreißen auf obrigkeitliche Anordnung geschah, sondern auch dann, wenn es ohne solche geschah, und zwar hier sowohl in dem

47b) L. 15 §§. 9—11 D. quod vi 43, 24.

einen wie in dem andern Falle,[47a]) dort, weil durch das Niederreißen ein damnum überhaupt nicht, hier, weil das eingetretene damnum im Nothstande, also nicht iniuria, zugefügt worden ist. Der Gegensatz der simpli aestimatio liegt mithin in der dupli aestimatio der unstatthaften Klage ex lege Aquilia adversus negantem.

Ist hiernach die Annahme begründet, daß die Verurtheilung aus den iudicia secutoria nicht auf einen über die litis aestimatio simpli gesteigerten Betrag hinausgegangen sei, so liegt umgekehrt kein Grund vor, eine Beschränkung jener aestimatio kraft einer condemnatio cum taxatione zu vermuthen: wie in der That hätte auch eine taxatio gezogen werden sollen?

Gegenüber der in factum concipirten intentio der Nachklagen (Si Aulus Agerius sponsione vicerit) bleibt demnach kaum eine andere Annahme übrig, als daß die condemnatio dieser Klagen einfach auf „quanti ea res est" abgestellt gewesen sei. Hierfür darf zunächst gewiß unbedenklich die Analogie der actio arbitraria aus gebietenden Interdicten geltend gemacht werden, von denen uns dies in der oben S. 135 abgedruckten Stelle (Gai. IV, 163) bekundet worden ist. Beweiskräftiger noch ist es, daß die Compilation „quanti res est" als Gegenstand der Condemnation in Uti possidetis Justinians angiebt.

L. 3 §. 11 D. uti poss. 43, 17.

(*Ulpian.* lib. 69. ad ed.): In hoc interdicto condemnationis summa refertur ad rei ipsius aestimationem. „quanti res est" sic accipimus „quanti uniuscuiusque interest possessionem retinere." *Servii* autem sententia est existimantis tanti possessionem aestimandam, quanti ipsa res est: sed hoc nequaquam opi-

47a) Idem esse ait (nämlich absolvi eum oportere), si damni inuria actum foret.

nandum est: longe enim aliud est rei pretium, aliud possessionis.

Freilich kann diese Stelle auch von der arbitraria actio verstanden werden, welche der Impetrat ohne Zweifel bei dem secundarium restitutorium sich ebenso erbitten durfte, wie bei jedem andern restitutorischen Interdicte;[48]) allein es ist sicherlich kein Grund vorhanden, sie darauf zu beschränken und nicht vielmehr auch auf eine Nachklage aus dem Uti possidetis zu beziehen, sei dies nun das Cascellianum,[48a]) sei es das fructuarium,[48b]) sei es endlich ein iudicium secutorium aus einem an das Uti possidetis sich anschließenden secundarium.[48c])

Diese Stelle zeigt zugleich, wie die römische Jurisprudenz von der buchstäblichen Auslegung des quanti res est als dem Sachwerthe zu einer andern vorgeschritten ist, in welcher dasselbe, wie so oft, das Interesse des Klägers bezeichnet.[49])

Dieselbe Auslegung finden wir, wenn wir das in der Compilation vom Interdicte selbst Gesagte gemäß seiner ursprünglichen Beziehung auch hier auf die actio arbitraria oder das iudicium secutorium zurückübertragen, hinsichtlich des Unde vi ausgesprochen.

L. 6 D. de vi 43, 16.

(*Paul.* lib. 27. ad ed.): In interdicto Unde vi tanti condemnatio facienda est, quanti intersit possidere: et hoc iure nos uti *Pomponius* scribit, id est tanti rem videri, quanti actoris intersit: quod alias minus

48) S. unten §. 1838c Ziffer 97 a. E. zu N. 71d.
48a) Vgl. jedoch das. Ziffer 95 N. 34.
48b) S. Ziffer 95 N. 38.
48c) Ziffer 97 a. E. zu N. 71c.
49) S. v. Savigny System Bd. 5. Beil. XII Nr. III S. 444 f.

esse, alias plus: nam saepe actoris pluris interesse hominem retinere, quam quanti is est, veluti cum quaestionis habendae aut rei probandae gratia aut hereditatis adeundae intersit eum possideri.[50])

Eben dieser Auslegung zufolge dürfen wir nunmehr eine ganze Anzahl von Pandektenstellen, nach welchen die Verurtheilung aus einem Interdicte, d. h. in der ursprünglichen Bedeutung aus der actio arbitraria oder aus dem iudicium secutorium daraus, auf das Interesse des Klägers geht, als Belege dafür betrachten, daß die condemnatio der entsprechenden formulae auf quanti ea res est gestellt war. Bleibt es bei den auf gebietende Interdicte bezüglichen Stellen[51]) ungewiß, ob sie von der formula arbitraria oder vom iudicium secutorium oder, wie wahrscheinlich, von beiden geredet haben, so ist für die von verbietenden Interdicten redenden lediglich die Eine Beziehung möglich, nämlich auf das iudicium secutorium.[52])

Unter denjenigen Stellen, welche hiernach die Verurtheilung auf das Interesse aussprechen, finden sich mehrere,

50) S. das. Nr. IV S. 445 f.

51) Als solche führt Schmidt a. a. O. S. 255 f. N. 4—8 auf l. 3 §. 11 D. de tab. exh. 43, 5. l. 1 §. 13. l. 15 D. de vi 43, 16. l. 15 §§. 7. 9. 12. l. 22 §. 2 D. quod vi 43, 24. l. 8 §. 4 D. de prec. 43, 26. l. 2 §. 44 D. ne quid in loco publ. 43, 8. Hierher gehören von den N. 31 angeführten Stellen l. 2 §. 2 D. quod legat. 43, 3 und l. 1 §. 41 D. de vi 43, 16. Hinzuzufügen sind noch l. 11 §§. 4. 10. 12. 14. l. 12. l. 13 §§. 3. 4. l. 15 §. 8. l. 16 pr. §. 1 D. quod vi. 43, 24.

52) Als solche führt Schmidt a. a. O. S. 256 N. 9—12 außer der schon besprochenen l. 3 §. 11 D. uti poss. 43, 17 an l. 1 §. 3 D. de via publ. ref. 43, 11 und l. 3 §. 3 (nicht 13) D. de it. actuq. priv. 43, 19. Hinzuzufügen bleibt l. 2 §. 34 D. ne quid in loco publ. 43, 8.

welche sich auf Popularinterdicte zum Schutze des usus publicus beziehen.[53]) Wir haben bereits früher gesehen, wie hier das Interesse, welches ja nicht als persönliches des Klägers verstanden werden kann, ermittelt wurde.[54]) Genau in gleicher Weise ist es ohne Zweifel auch möglich gewesen bei den Popularinterdicten zum Schutze der res divini iuris. Es ist mithin recht wohl denkbar, daß auch bei der actio arbitraria und dem iudicium secutorium aus einem solchen Interdicte die condemnatio auf quanti ea res est lautete.[55]) Anderseits ist die Beziehung von l. 9 §. 5 D. de div. rer. 1, 8

(*Ulp.* lib. 68. ad ed.): Res sacra non recipit aestimationem —

viel zu unbestimmt, als daß aus ihr auf eine eigenthümliche Fassung der condemnatio geschlossen werden dürfte,[56]) etwa auf eine condemnatio in bonum et aequum concepta. Jedenfalls ist die Mittheilung Gai. IV, 163 (oben S. 135), wonach die actio arbitraria auf quanti ea res est ging, bei ihrer unbeschränkten Allgemeinheit der Annahme einer derartigen Abweichung nicht günstig.[57])

Nicht minder ist die condemnatio auf quanti ea res est für die familienrechtlichen Interdicte anzunehmen. Sie kann hier um so weniger befremden, als die Römer das Vermögensinteresse des Gewalthabers an der Erwerbsthätigkeit des Gewaltunterthänigen ja geradezu zur Grundlage der actiones furti und legis Aquiliae machen;[57a])

53) L. 2 §§. 34 und 44 D. ne quid in loco publ. 43, 8. l. 1 §. 3 D. de via publ. ref. 43, 11.
54) S. oben §. 1835 Ziffer 7 Thl. 1 S. 45 ff.
55) Lenel ed. perp. S. 357 N. 2.
56) Lenel a. a. O. S. 366 §. 235 a. E.
57) Vgl. Lenel a. a. O. S. 357 N. 2.
57a) 1: Gai. III, 199 vbd. mit l. 38 D. de furt. 47, 2. 2: l. 7 pr. D. ad leg. Aquil. 9, 2.

eben dieses Interesse bildet den Inhalt der Verurtheilung bei den interdicta de liberis exhibendis und ducendis, und entsprechend das Interesse des Patrons an den operae officiales des Freigelassenen den Inhalt der Verurtheilung beim interdictum de liberto exhibendo.

Eine Ausnahme dagegen von der condemnatio auf quanti ea res est findet ungeachtet Gai. IV, 163 ohne Zweifel statt bei dem interdictum de homine libero exhibendo: hier ist kaum eine andere condemnatio denkbar, als nach Ermessen des Richters.[58])

Höchst wahrscheinlich wurde, wie bereits oben erwähnt,[58a]) im Formularverfahren das iudicium secutorium gleichzeitig mit den Klagen aus sponsio und restipulatio zur litis contestatio gebracht und eventuell, d. h. für den Fall des Sieges des Impetranten, an das nämliche Geschwornengericht gewiesen, welches für diese Klagen eingesetzt wurde. Dies darf nicht nur aus der, freilich gerade in den entscheidenden Worten nicht völlig sicher gelesenen, Stelle des Gaius (IV, 165 f. oben S. 87) entnommen werden; es ergiebt sich fast unabweisbar aus der Natur der Sache. Oder wäre es nicht an sich durchaus zweckwidrig und dem auf thunliche Abkürzung des Verfahrens abzielenden Wesen des agere per formulas widersprechend[58b]) gewesen, wenn die Römer die Litiscontestation aus der Nachklage bis nach Entscheidung der Sponsionsklage hätten aus-

58) S. oben §. 1835 Ziffer 7 Thl. 1 S. 49. A. M. Demelius die Exhibitionspflicht S. 89 f., der sich jedoch nicht darüber äußert, wie die Feststellung des „quanti ea res erit“ hier geschehen soll. Aus der von ihm angeführten l. 3 §. 13 D. de lib. hom. exhib. 43, 29 folgt m. E. nur die Geldcondemnation als solche, nicht aber deren Berechnung.

58a) S. oben Ziffer 91 zu N. 8a S. 125.

58b) Vgl. O. E. Hartmann röm. Gerichtsverfassung S. 467 f.

setzen und damit nothwendig auf einen neuen rerum actus verschieben wollen?[59]) Soviel ich sehe, hat denn auch, abgesehen von einer beiläufigen, mit einer Begründung nicht versehenen, Aeußerung Krügers,[60]) nur Dernburg[61]) wenigstens für das Uti possidetis eine abweichende Behauptung aufgestellt. Er hält das Cascellianum für ein arbitrium, „über welches aller Wahrscheinlichkeit nach nicht ein Judex wie über die vorhergehenden Sponsionen, sondern mehrere arbitri urtheilten.“ Die Begründung hierfür liegt in der Annahme, das Uti possidetis sei ein Abbild der Vindication des Eigenthums: danach würde das Cascellianum dem arbitrium liti aestimandae bei der legis actio sacramento in rem zu entsprechen haben. Allein selbst bei Richtigkeit jener Annahme, deren Widerlegung wir auf den Commentar zu Tit. 17 dieses Buches verschieben müssen, würde die Schlußfolgerung auf die Natur des Cascellianum höchstens dann eine gewisse Wahrscheinlichkeit beanspruchen dürfen, wenn dasselbe ein ursprüngliches Stück des Verfahrens aus dem Uti possidetis bildete. Nun aber weiset schon sein Name darauf hin, daß es nicht gleichzeitig mit dem Uti possidetis entstanden ist. Sollte jedoch noch ein späterer Prätor durch die geschichtliche Thatsache, daß das Uti possidetis der rei vindicatio nachgebildet worden, in der Construction der Hülfsklagen so beengt gewesen sein, daß er auch die unbequemste und unnöthigste Folgewirkung jener Nachbildung hätte festhalten müssen? Wir haben viel-

59) Nur möchte ich nicht mit Schmidt a. a. O. S. 258 und Demelius, Confessio S. 167 N. 1 die Behauptung gleichzeitiger Instruction des iudicium secutorium mit der actio de sponsione auf Cic. pro Caec. stützen. S. oben Ziffer 91 N. 18 S. 129.

60) Krit. Versuche S. 108.

61) Entwicklung und Begriff des juristischen Besitzes des römischen Rechts S. 24 ff.

mehr oben [62]) gesehen, daß das Cascellianum eine actio arbitraria war; und es ist ein sachlicher Grund schlechterdings unerfindlich, weshalb dasselbe vor arbitri gehört haben sollte, und nicht vor den iudex sponsionum. An der Unbequemlichkeit, welche die Einsetzung mehrerer auf einander folgender Geschwornengerichte für connexe Sachen gegenüber der gleichzeitigen Ueberweisung desselben an das nämliche Gericht mit sich bringt, nimmt freilich Dernburg so wenig Anstoß, daß er sogar noch ein drittes Gericht für die fructuaria stipulatio verlangt. Und seine Gründe dafür? „Man wende nicht ein, daß man den Proceß über die letzte Stipulation auch an den Proceß über die Hauptsponsionen hätte anschließen können. Dies hätte den Richter in der Hauptsache mit einem Punkt behelligt, der verhältnißmäßig unbedeutend war und auch erst eine Folge der Hauptentscheidung war.“ Ich gestehe, daß diese Beweisführung mir völlig unverständlich ist. Also weil die Entscheidung über die fructuaria stipulatio erst eine Folge der Hauptentscheidung ist, deshalb soll sie vor ein besonderes Gericht gehören? und weil jene Entscheidung den Richter der Hauptsache mit einem verhältnißmäßig unbedeutenden Puncte behelligen würde, deshalb soll nicht er, sondern ein andrer Richter damit behelligt werden? Ist es überhaupt für den iudex sponsionis eine Behelligung, wenn er in unmittelbarem Anschlusse an den wider den plus licitans ergehenden Spruch den Letztern zugleich in die summa licitationis verurtheilt? und ist dies vollends eine größere Belästigung für ihn, als es die Zuweisung der Klage aus der fructuaria stipulatio für den damit bedachten Richter sein würde? Oder war es vielleicht römische Staatsweisheit, möglichst viele Gerichte mit einzelnen Klagen zu belästigen, welche nicht nur für die Parteien ungleich bequemer,

62) S. 136.

sondern auch sachlich ungleich geeigneter an das nämliche Schwurgericht gebracht sein würden? Aber Dernburg mußte allerdings die bekannte römische Sitte der objectiven Klagenhäufung vor Einem Geschwornengerichte (Quintil. III, 10, 1) in unserm Falle als unanwendbar bezeichnen, wenn er für seine Erklärung des fructuarium iudicium (Gai. IV, 169) eine, wenngleich noch so schwache, Grundlage gewinnen wollte. Mit dem Nachweise, daß jene Erklärung unter allen Umständen unhaltbar ist, wird die von ihm für die Nachklagen aufgestellte Competenztheorie völlig widerlegt sein. [63])

§. 1838 c.

cc) Das Verfahren aus interdicta duplicia.[1])

94. Der durch die par utriusque litigatoris condicio eigenthümliche Verlauf des Verfahrens aus einem interdictum duplex setzt, wie wir bereits oben [2]) gesehen haben, voraus, daß post interdictum redditum jede Partei das dazu Nöthige thut. Näheres wissen wir nur über das Uti possidetis gemäß Studemunds Entzifferung von Gai. IV, 166—170, welche wir hier im Zusammenhange nochmals vorführen zu müssen glauben.

Gai. IV, 166: — fructus licitando, is tantisper in possessione co*n*stituitur, si modo adversario suo fructuaria stipu*latione cav*erit, c*uius* vis *et* potestas haec est, ut si contra eum *de poss*essio*ne* pronun*tiatum f*uer*it*, *e*am summam adversario solvat . haec autem licendi contentio fructus licitatio vocatur, scilicet

63) S. unten §. 1838c Ziffer 95 zu N. 22d.
1) Schmidt Interdiktenverf. S. 284—297.
2) §. 1836b Ziffer 53 Thl. 1 S. 293. §. 1836c Ziffer 54 Thl. 1 S. 296.

quia — — postea alter alterum sponsione provocat, quod adversus edictum praetoris possidenti si*b*i *v*is facta *s*it, et invicem ambo restipulantur adversus sponsionem; vel — una inter eos sponsio item*que* *re*stipulatio u*na* — ad eam fit. — — §. 166[a]. — resti — — iudex, apud quem de ea re agitur, illud scilicet requirit [quod] praetor interdicto conplexus est, id est uter eorum eum fundum easve aedes per id tempus, quo interdict*um* redditur, nec vi nec clam nec precario poss*e*der*i*t . cum iudex id exploraverit, et forte secundum me iudicatum sit, adversarium mihi et sponsionis et restipulationis summas, quas cum eo feci, condemnat, et convenienter me sponsio*n*is et restipulationis, quae mecum factae sunt, absolvit . et hoc amplius si apud adversarium meum possessio est, qu*ia* is fructus licitatione vicit, nisi restituat mihi possessionem, Cascelliano sive secutorio iudicio condemnatur. §. 167. Ergo is, qui fructus licitatione vicit, si non probat, ad se pertinere possessionem, sponsionis et restipulationis et fructus licitationis summam poenae nomine solvere et praeterea pos*s*essionem restituere iubetur; et hoc amplius fructus, quos interea percepit, reddit . summa enim fructus licitationis non pretium est fructuum, sed poenae nomine solvitur, quod quis ali*e*nam possessionem per hoc te*m*pus retinere et facultatem fruendi na*n*cisci conatus est. §. 168. Ille autem, qui fructus licitatione victus est, si non proba*v*erit, ad se pertinere possessionem, tantum sponsionis et restipulationis summam poenae nomine debet. §. 169. Admonendi tamen sumus, liberum esse ei, qui fructus licitatione victus erit, omissa fructuaria stipulatione, sicut Cascelliano sive secutorio iudicio de p*ossess*ione reciperand*a* experitur, ita *similiter* de fructus lici-

tatione agere . in quam rem proprium iudicium conparatum est, quod appellatur fructuarium, quo nomine actor iudicatum solvi satis accip*it* . dicitur autem et hoc iudicium secutorium, quod sequitur sponsionis victoriam; sed non aeque Cascellianum vocat*ur*. §. 170. Sed quia nonnulli interdicto reddito cetera ex interdicto facere nolebant, atque ob id non poterat res expediri, praetor in eam rem prospexit et co*n*paravit interdicta, quae secundaria appellamus, quod secundo loco redduntur . quoru*m* *vis et potesta*s haec est, ut qui cetera ex interdicto non faci*a*t, veluti qui vim non faciat aut fructus non lice*a*tur aut qui fructus licitationis sat*is* non d*e*t aut si sponsione*s* non faci*a*t sponsion*um*ve iudicia non accipiat, sive possidea*t*, restituat adversario possessionem, s*ive* *non* possid*ea*t, vim illi possidenti n*e* faciat . itaque etsi alias potue*rit* interdicto Uti possidetis vincere, si cetera ex interdicto — per interdictum secundarium — etc.

Zunächst also muß eine jede Partei etwas vornehmen, was als vis adversus edictum erscheint, sofern der Gegner für den Augenblick des interdictum redditum ihr gegenüber fehlerfreien Besitz oder umgekehrt die ihm gegenüber vorliegende Fehlerhaftigkeit ihres Besitzes nachweisen sollte. Diejenige Partei, welche mit einer derartigen Handlung vorangegangen ist, darf das nach Lage des thatsächlichen Besitzverhältnisses geeignete interdictum secundarium impetriren, wenn nicht die Gegenpartei alsbald ebenfalls eine vis vornimmt, wozu übrigens schon die Abwehr der erstern Partei ausreicht. Erst mittels dieser Handlung bekundet auch die Gegenpartei die Absicht, es zum Besitzstreite aus dem interdictum primarium kommen zu lassen. Weil aber ohne eine derartige Handlung seitens einer jeden Partei das doppelseitige Verfahren seinen weitern Fortgang

gar nicht zu nehmen vermag, so liegt es selbstverständlich einer jeden Partei selbst ob, durch den Nachweis derselben sich eben diesen Fortgang zu sichern; und nicht minder selbstverständlich ist es, daß jener Nachweis nicht erst vor dem iudex sponsionum stattfinden kann, vielmehr vor der Fortsetzung des Verfahrens dem Prätor erbracht werden muß. [2a])

Nach beiderseitiger Erbringung des fraglichen Nachweises kann nunmehr eine jede Partei die Besitzregulirung für die Dauer des Processes verlangen; verweigert die andere ihre Mitwirkung dazu, so setzt sie sich von neuem dem interdictum secundarium aus.

Jene Besitzregulirung geschieht durch Versteigerung des Besitzes zwischen den Parteien, und zwar ohne Zweifel vor dem Prätor, welcher die Versteigerung leitet, [2b]) den Zuschlag gegen Caution an den Höchstbieter ertheilt und dafür sorgt, daß der Letztere, sofern er den Besitz nicht bereits hat, denselben auch wirklich erhält (is — in possessione constituitur). [2c]) Es scheint mir selbstverständlich, daß hier-

2a) S. oben 1836a Ziffer 45 Thl. 1 S. 265 f.

2b) Schmidt macht in den Heidelberger Jahrbüchern der Literatur Jahrg. 56 (Recension von Witte: das Interdictum uti possidetis) S. 691 auf diejenigen Stellen des Corpus iuris aufmerksam, welche von einem ähnlichen Verfahren vor dem arbiter in einer Theilungsklage reden und dieselbe Ausdrucksweise (licitatione vincere, emere u. s. w.) zeigen, die wir bei der fructus licitatio finden. L. 6. l. 22 §. 1. l. 29 D. fam. ercisc. 10, 2. l. 7 §. 13. l. 19 §§. 1 und 3. D. comm. div. 10, 3. l. 78 §. 4 D. de J. D. 23, 3. l. 1 u. l. 3 Cod. comm. div. 3, 37.

2c) Sollte nicht auch hierher zu beziehen sein l. 52 §. 2 D. de a. v. a. p. 41, 2? Vgl. Rudorff zu Puchtas Inst. §. 169 N. l. S. oben §. 1836c Ziffer 54 N. 7b Thl. 1 S. 301 ff.

mit der bisherige Besitzer infolge seiner minus licitatio in der That den juristischen Besitz verlor: zwecks der fructus licitatio stellt eben jede Partei den Besitz, welchen sie zu haben behauptet, der Verfügung des Prätors für den Fall anheim, daß der Gegner das Höchstgebot behält. [2d]) Irre ich nicht, so bildet der von Gaius gebrauchte Ausdruck: in possessione constitui hierfür auch einen sprachlichen Beleg; denn, soviel ich sehe, wird mit demselben überall gerade das Verhältniß des juristischen Besitzes bezeichnet. [2e])

Unsere Ueberlieferung enthält einen ausdrücklichen Ausspruch über den Augenblick der fructus licitatio nicht. Indessen scheint einerseits aus dem *postea* alter alterum sponsione provocat (§. 166) geschlossen werden zu dürfen, daß sie jedenfalls nicht unmittelbar den Sponsionen vorherging, m. a. W. daß sie nicht erst wie diese im rerum actus stattfand. Anderseits aber ergiebt es sich gewiß aus der Natur des Verhältnisses, daß sie den beiderseitigen

2d) A. M. Huschke Gaius S. 194: nach ihm übt der plus licitans den Besitz nur für den wirklichen Besitzer aus, „weil er ihn nur kraft des fructus inne hatte.“ Vgl. darüber unten Ziffer 95 N. 32. Rudorff Rechtsgesch. Bd. 2 §. 53 N. 34 begründet dies damit, daß nach l. 34 §. 4 D. de C. E. 18, 1 den Besitz selbst der Prätor nicht verkaufen, der Besitzer nicht kaufen könne. Witte, Interd. Uti poss. S. 56 f., folgert daraus, daß die usucapio des minus licitans im Falle seines schließlichen Sieges durch den vorübergehenden Verlust des körperlichen Gewahrsams nicht unterbrochen worden sei. Vgl. unten Ziffer 95 zu N. 35.

2e) S. Gai. IV, 16. l. 1 Cod. quod legat. 8, 3. l. 1 §. 2 Cod. etiam ob chirogr. 8, 26 (27). l. 15 Cod. de probat. 4, 19. l. 9 pr. Cod. ad leg. Corn. de fals. 9, 22. l. 1 Cod. de Carb. ed. 6, 17.

Besitzhandlungen thunlichst bald folgen mußte, wenn sie eine vorläufige Ordnung schaffen sollte.

Der Höchstbieter war, wiederum bei Vermeidung eines interdictum secundarium, gehalten, dem Gegner auf dessen Stipulation, die fructuaria stipulatio (Gai. IV, 169), den Betrag des Höchstgebotes unter der Bedingung zuzusagen, daß demnächst im Verfahren über die Sponsionen gegen ihn entschieden werden sollte; und zwar mußte diese Zusage mit satisdatio geschehen (Gai. IV, 170). Es ist uns allerdings nicht ausdrücklich bezeugt, gleichwohl aber als sicher zu betrachten, daß diese Stipulation einschließlich der mit ihr verbundenen Bürgschaftsbestellung der fructus licitatio unmittelbar folgte. Denn ohne Eingehung der vom minus licitans geforderten fructuaria stipulatio wurde dem plus licitans der interimistische Besitz gar nicht überwiesen (Gai. IV, 166); und daß diese Ueberweisung nur gegen Realsicherheit geschah, wird als unzweifelhaft gelten dürfen. Es ist demnach anzunehmen, daß jede Partei zum Licitationstermine gleich diejenigen Personen mitbrachte, welche bereit waren, sich für ihr Höchstgebot zu verbürgen, wie umgekehrt natürlich der Betrag des abzugebenden Höchstgebotes in jener Bereitwilligkeit seine Schranke fand.

Neben der Klage aus der fructuaria stipulatio war im Formularprocesse der unterliegende Höchstbieter einer zweiten Nachklage ausgesetzt, welche, vermuthlich nach dem Prätor, der sie zuerst proponirt hat, Cascellianum iudicium heißt. Dasselbe, wie wir bereits wissen, eine actio arbitraria,[3]) ging auf Herausgabe des Besitzes (Gai. IV, 166a i. f.).

Weiter aber haftete der unterliegende plus licitans auch auf Erstattung der Früchte, welche er inzwischen gezogen hatte (Gai. IV, 167). Es ist jedoch bestritten, ob

3) S. oben §. 1838b Ziffer 93 S. 136.

diese Haftung mit dem Cascellianum geltend gemacht,[4]) oder ob sie vielmehr neben der summa fructus licitationis mittels der fructuaria stipulatio übernommen wurde. Die Anhänger der letztern Ansicht wiederum nehmen theils an, die Ersatzleistung für die Früchte sei neben dem Höchstgebote promittirt worden;[5]) theils meinen sie, der in der summa fructus licitationis vom plus licitans selbst veranschlagte Betrag der Früchte sei kraft der fructuaria stipulatio verdoppelt worden, so daß demnach die auf diese Stipulation promittirte Summe zur Hälfte Ersatz für die Früchte, zur Hälfte eine Strafe gebildet habe.[6]) Allein in beiden Gestalten ist die letztere Ansicht unhaltbar. Gegen die erstere Gestaltung hatte Schmidt bereits früher[7]) das treffende Bedenken geäußert, daß sie den Inhalt der fruc-

4) So Schmidt a. a. O. S. 288. Puchta Inst. §. 169 zwischen N. i und N. k. Walter Gesch. des Röm. Rechts 3. Aufl. Bd. 2 §. 769 a. E. Kuntze Cursus §. 220; auch Zimmern Geschichte des Röm. Privatrechts Bd. 3 §. 74 zu N. 6. v. Keller Institutionen S. 41.

5) So Rudorff in Zeitschr. für geschichtl. Rechtswissensch. Bd. 11 S. 356; Witte, das Interdictum Uti possidetis S. 50 ff. Vielleicht ist dies auch die Meinung Hefftters gewesen, der in seiner Ausgabe des Gaius IV, 166 die Aeußerung über die fructuaria stipulatio so restituirt: — cui vis et potestas haec est, ut, si contra ipsum esset postea pronuntiatum, possessio restituatur — und dann weiter: tantisper rei possessionem et rei fructus vendit.

6) So Huschke Studien S. 333 f. Gaius zu IV, 166 S. 187 und S. 193, wo restituirt wird: cuius potestas haec est, ut si contra ipsum esset postea pronuntiatum, fructus duplam praestet. Rudorff Rechtsgeschichte Bd. 2 §. 53 S. 182 unter 2 zu N. 38.

7) Interdiktenverf. S. 292 N. 10.

tuaria stipulatio zu einem unangemessenen Gemische von dare (certam) pecuniam und von fructus restituere mache. Später [8]) hat er noch hinzugefügt, die Bemerkung bei Gai. IV, 167: „summa enim fructus licitationis non pretium est fructuum, sed poenae nomine solvitur“ würde eine ganz ungewöhnlich überflüssige sein, wenn in der fructuaria stipulatio neben der summa licitationis auch die Früchte ausdrücklich versprochen worden wären; zudem hätte alsdann Gaius des Fruchtersatzes unmittelbar da gedenken müssen, wo er von der Verurtheilung aus dem auf poena gerichteten Gliede dieser Stipulation redet, während er in der That jenen Ersatz erst im Anschlusse an die Rückgabe des Besitzes selbst erwähnt, und zwar mit der Erläuterung, daß in der Pflicht, die Früchte zu erstatten, nichts Besonderes liege, weil die Licitationssumme eben nicht der Kaufpreis für den Fruchtbezug sei, sondern eine Strafe. — Zu der zweiten Gestalt der Ansicht stimmt es gar schlecht, daß es bei Gai. IV, 167 heißt: fructus licitationis summam poenae nomine solvere — iubetur; et hoc amplius fructus, quos interea percepit, reddit.“ Denn einmal läßt sich die nach dieser Ansicht in der summa fructus licitationis liegende Ersatzleistung für die Früchte nicht füglich durch fructus, quos percepit, reddere bezeichnen. Sodann aber würde die fragliche Ersatzleistung den eigentlichen Inhalt der fructus licitationis summa bilden, die gleichgroße poena dagegen, deren Leistung als fructus licitationis summa Gaius voranstellt, erst durch Verdoppelung jenes Betrages in der fructuaria stipulatio entstehen: Gaius hätte also die umgekehrte Reihenfolge beobachten müssen. Und vollends scheitert die Annahme einer Verdoppelung der summa licitationis an Stude-

8) In der Recension von Witte: Das Interdictum uti possidetis in Heidelberger Jahrbücher Jahrg. 56 S. 691 f.

munds Lesung von Gai. IV, 166 (Cod. Veron. pag. 244 v. 4 sq.), welche Huschkes Restitution: „fructus duplam praestet“ mit voller Sicherheit als unhaltbar erweiset.[8a]) Dagegen hat Schmidt in jener spätern Ausführung für die Ansicht, wonach das Cascellianum den Fruchtersatz umfaßt, überzeugende Gründe beigebracht.[9]) Zunächst folgt es aus der arbiträren Natur der genannten Klage: alle arbitrariae actiones richten sich, soweit ihr besonderer Inhalt das zuläßt, kraft des arbitrium iudicis auch auf die Erstattung von Früchten.[10]) Wenn also Gaius IV, 166 als Gegenstand des Cascellianum die restitutio possessionis angiebt, so ist eine Ausdehnung dieses iudicium auf die Früchte keinesweges, wie Witte[11]) meint, höchst gewagt, vielmehr in dem arbitratus iudicis der Formel hier geradeso geboten, wie in dem neque ea res arbitratu tuo Aulo Aulo restituetur der formula petitoria. Sodann aber erscheint das Cascellianum in der That als die einzig denkbare Stelle für den Fruchtersatz, da, wie dargelegt, in der fructuaria stipulatio für dessen Zusage kein Platz ist. Diesen Gründen gegenüber ist es an sich bedeutungslos, mit Witte[12]) den Namen „fructuaria stipulatio“ in der Weise zu betonen, als ob derselbe erst dann eine volle Berechtigung erlange, wenn die Früchte selbst einen Theil der versprochenen Leistung ausmachen. Obendrein aber läßt sich nach Gaius IV, 167 jener Name zur Genüge darauf zurückführen, quod quis per illam stipulationem facultatem fruendi nanciscitur. Und endlich

8a) Krüger kritische Versuche S. 92 N. 2 a. E.
9) Heidelb. Jahrb. a. a. O. S. 691 f. Eck doppelseit. Klagen S. 38 N. 136.
10) §. 31 i. f. J. de act. 4, 6.
11) A. a. O. S. 52.
12) A. a. O. S. 51.

bleibt es, wie wir alsbald sehen werden, recht gut denkbar, daß ursprünglich die fructuaria stipulatio eine wesentlich andere Bedeutung gehabt habe, zu welcher ihr Name völlig stimmt.

Als actio in factum concepta kann das Cascellianum erst nach Einführung des agere per formulas entstanden sein, wie ja auch seine Benennung nach seinem ersten Proponenten mit Sicherheit wenigstens darauf schließen läßt, daß dasselbe nicht gleich mit dem interdictum Uti possidetis selbst aufgestellt worden ist. Denkbar bliebe es nun immerhin, daß das Cascellianum an die Stelle einer im Legisactionenverfahren gebrauchten Nachklage verwandten Zweckes getreten wäre. Wahrscheinlich ist dies indessen kaum. Denn selbstverständlich hätte eine Nachklage in diesem Verfahren nur auf die civilrechtliche Grundlage einer Stipulation gebaut werden können, mittels deren der plus licitans für den Fall seiner Niederlage in den Sponsionsklagen eine Ersatzleistung zusagte.[12a]) Diese Zusage aber würde sicher nicht auf das Interesse des Gegners gelautet haben: war doch der Begriff des Interesse noch dem Servius Sulpicius Rufus fremd;[13]) — schwerlich auch auf den Taxwerth des Besitzobjectes, dessen Festsetzung stets noch ein besonderes Ermittelungsverfahren erfordert haben würde; vielmehr fast unvermeidlich auf eine certa summa. Wie aber hätte deren Betrag anders festgesetzt werden können, als dadurch, daß der Gegner selbst einen Betrag angab, den er für ausreichend hielt und für den umgekehrten Fall seinerseits zu leisten sich bereit erklärte, — also auf dem Wege der Steigerung zwischen den Parteien —? M. a. W. die fragliche Stipulation würde ganz genau auf das Nämliche hinausgelaufen sein, wie die

12a) So Pfersche Interdicte S. 84 f.
13) L. 3 §. 11 D. uti poss. 43, 17.

fructuaria stipulatio. Sollen wir nun etwa annehmen, es haben auf der Grundlage zweier gleichzeitiger Versteigerungen des nämlichen Gegenstandes unter den nämlichen Parteien zwei Stipulationen auf beide Höchstgebotsbeträge stattgefunden? oder auf Grundlage einer einzigen Versteigerung Eine Stipulation auf den doppelten Betrag des Höchstgebotes, so daß die eine Hälfte dieses Betrages eine Ersatzleistung, die andere eine Strafe darstellte? Da scheint es doch weitaus natürlicher, daß die summa fructus licitationis in ihrem einfachen Betrage alles das zusammenfaßte, was nach der eignen Werthschätzung der Parteien der unterliegende plus licitans dem siegreichen Gegner zu leisten hatte, d. h. daß jene Summe vor der Aufstellung des Cascellianum in erster Reihe eine Ersatzleistung bedeutete, die nur kraft der eigenthümlichen Art ihrer Festsetzung, welche wohl regelmäßig über die vera rei aestimatio hinausging, ein pönales Element einschloß. Als dann im Cascellianum daneben eine ausschließlich auf Ersatz gerichtete Klage entstanden war, erhielt die summa licitationis den von Gaius so nachdrücklich bekundeten reinpönalen Charakter.[14])

Uebrigens darf bei dieser Auffassung nicht übersehen

14) Sie hat also nach unsrer Annahme einen ganz ähnlichen Wechsel der Bedeutung durchgemacht, wie er höchst wahrscheinlich auch bei der actio furti stattgefunden hat, welche bis zur Einführung der condictio furtiva ebenfalls mixtae naturae war. S. v. Savigny Syst. Bd. 5 S. 51 N. l. — Auch Witte Interd. Uti poss. S. 57 f. hält es für möglich, daß ursprünglich die fructuaria stipulatio genügt habe, allenfalls mit einer zweiten Stipulation zur Seite, welche die Grundlage des iudicium secutorium bildete. Im übrigen aber ist seine Darstellung von derjenigen des Textes völlig abweichend. Wir können sie erst im Zusammenhange unsrer Auffassung des Uti possidetis in Tit. 17 dieses Buches erörtern.

werden, daß infolge der veränderten Bedeutung der summa licitationis deren Betrag thatsächlich niedriger bemessen sein wird, als es vorher geschehen war. Bis zur Aufstellung des Cascellianum mußte jede Partei innerhalb ihrer eignen Fähigkeit zur Sicherheitsleistung das Höchstgebot mindestens auf den Betrag zu treiben suchen, welcher ihr seitens des höherbietenden Gegners für den Fall ihres Sieges in den Sponsionsklagen genügende Entschädigung in Aussicht stellte. Seitdem das Cascellianum die Entschädigung ohne weiteres gewährte, wurde für das Steigerungsgebot der einzelnen Partei vielmehr die Rücksicht maßgebend, wie viel sie selbst an den Vortheil des interimistischen Besitzes wagen könne.

Auf alle Fälle war nach den vorstehenden Ausführungen die fructuaria stipulatio eine stipulatio certa.[14a]) Dem entsprechend war die Klage aus ihr ursprünglich vielleicht die legis actio sacramento in personam, später war es die legis actio per condictionem ex lege Silia, endlich die condictio certi.

95. Nach dem Berichte des Gaius (IV, 169) ist dem minus licitans für den Fall seines Sieges in den Sponsionsklagen statt des geschilderten Verfahrens mit der

14a) Ganz unverständlich, und zwar schon sprachlich, ist mir ihre Reconstruction in Rudorffs ed. perp. §. 247 unter VI, 1 S. 218: Quod interdictum praetoris de possessione illius fundi (illarum aedium) inter nos redditum est, ex eo si secundum me iudicatum erit, qui fructus qui per id tempus ex eo fundo nati erunt, eos fructus quoque licitatus es ut tibi tantisper in possessione eius fundi esse liceat dare spondesne? Gestützt wird dies theils auf Gai. IV, 166, theils auf l. 75 §§. 4 und 9 D. de V. O. 45, 1. Es ist wohl mit Lenel ed. perp. S. 378 N. 7 anzunehmen, daß einige Worte ausgelassen sind.

Klage aus der fructuaria stipulatio und mit dem Cascellianum iudicium nach seiner Wahl eine andere Möglichkeit gewährt.

Er kann die fructuaria stipulatio unterlassen [15]) und mit einem eigens für diesen Fall aufgestellten iudicium secutorium, welches fructuarium heißt, de fructus licitatione klagen. An die Mittheilung hiervon schließen sich im Codex Veronensis p. 245 v. 19 sq. die Worte: ° q nom actoris . satis accipiat', welche nach Huschkes Vorschlage [16]) zu lesen sind: quo nomine actor iudicatum solvi satis accipit, wie in der That allgemein geschieht. [17])

Nicht so einig ist man über das Verhältniß dieses fructuarium iudicium zu der Klage aus der fructuaria stipulatio einerseits und zu dem Cascellianum anderseits.

Nach Walter, [18]) Puchta, [19]) Schmidt [20]) und Witte, [21]) sowie nicht minder nach Dernburg [22]) hatte

15) Daß dies, wie übrigens, soviel ich sehe, übereinstimmend angenommen wird, die Bedeutung der Worte „omissa fructuaria stipulatione" ist, erhellt aus l. 1 §§. 9 und 17 D. ut legat. 36, 3. A. M. scheint nur Lenel ed. perp. S. 380. S. darüber unten nach N. 39.

16) Kritische Jahrbücher für deutsche Rechtswissenschaft 3. Jahrg. 1839 S. 26 N. *) vgl. Studien S. 332 ff.

17) Z. B. die Ausgaben von Lachmann, Böcking, Studemund-Krüger; Puchta Inst. §. 157 N. d; v. Keller röm. Civilpr. §. 56 zu N. 668; Rudorff Rechtsgesch. Bd. 2 §. 54 vor N. 42. Ed. perp. §. 247 unter V, Schmidt Interdiktenverf. S. 292, Lenel ed. perp. S. 379 unter 4 u. A. Nur Wach zu v. Keller a. a. O. N. 668 äußert ein diplomatisches Bedenken.

18) Geschichte des Röm. Rechts. 3. Aufl. Bd. 2 §. 769.

19) Inst. §. 169 nach N. i.

20) Interdiktenverf. S. 290.

21) Interd. Uti possidetis S. 51.

22) Entwicklung und Begriff des juristischen Besitzes des römischen Rechts S. 24 ff.

das fructuarium iudicium genau den nämlichen Inhalt, wie die Klage aus der fructuaria stipulatio. Die drei erst genannten Gelehrten scheinen dies als selbstverständlich zu betrachten. Witte, der, wie wir wissen, [22a]) die fructuaria stipulatio außer der summa licitationis die Früchte umfassen läßt, beruft sich, wie er für jene Ansicht den Namen fructuaria stipulatio betont, [22b]) für diese auf den Namen fructuarium iudicium, das eine Mal gewiß ebenso grundlos als das andre Mal. Auch Dernburgs entschiedener Ausspruch, es sei aus den Worten (Gai. IV, 169) klar, daß das hier gemeinte secutorium iudicium auf die infolge der Licitation versprochene Straffumme ging, und daß bezüglich der Höhe der Strafe ein Unterschied von der Stipulationssumme nicht bestand, dürfte die fragliche Behauptung um so weniger erweisen, als bekanntlich die allein maßgebenden Worte: „ita similiter de fructus licitatione agere“ abgesehen von „fructus licitatione“ keinesweges ganz sicher feststehen.

Ist hiernach die Gleichheit des Inhalts von fructuaria stipulatio und fructuarium iudicium an sich recht zweifelhaft, so werden wir ihrer Annahme gegenüber um so sorgfältiger nach dem eigenthümlichen Zwecke des letztern fragen müssen. Die Meinungen darüber sind zweifach.

Nach der Ansicht Schmidts, welche Walter, Puchta und Witte anscheinend theilen, bezweckte dasselbe, die Bequemlichkeit des minus licitans insoweit zu fördern, als sie ihn von der Nothwendigkeit der stipulatio fructuaria befreite. Wo jedoch fände sich im alten römischen Rechte eine ähnliche Rücksicht auf die Bequemlichkeit einer Partei? Und worin vollends sollte wohl die zu einer so ungewöhnlichen Nachsicht veranlassende Unbequemlichkeit der stipulatio fruc-

22a) S. oben Ziffer 94 S. 158 N. 5.
22b) S. das. S. 160 zu N. 12.

tuaria gelegen haben, da behufs der fructus licitatio die Parteien ja ohnehin zusammenkommen mußten? worin hätte anderseits die Erleichterung bestanden, da omissa fructuaria stipulatione zur Sicherung des fructuarium iudicium satisdatio iudicatum solvi zu erbringen war, deren Grundlage dann doch wieder eine Stipulation des minus licitans bildete? [22c])

Dernburg geht davon aus, daß das Cascellianum, als Abbild des arbitrium liti aestimandae bei der legis actio sacramento in rem, vor arbitri gehört habe, [22d]) die condictio certi aus der fructuaria stipulatio aber vor unus iudex, und zwar vor einen andern, als den iudex sponsionum. Habe man den Proceß auf die Straffumme an die arbitri verweisen wollen, welche über die Restitution des Besitzes und der Früchte zu sprechen hatten, so sei dies nur möglich gewesen, wenn man neben der condictio certi eine actio in factum auf die Straffumme in Aussicht gestellt habe. Indessen würde auch diese actio in factum doch wohl eine condemnatio certae pecuniae haben erhalten müssen, nämlich genau auf die summa fructus licitationis. Nun aber hat es Dernburg völlig unerklärt gelassen, wie es möglich wurde, eine derartige Klage lediglich aus dem Grunde, weil ihre intentio in factum concipirt war, an arbitri zu verweisen, obgleich diese doch schlechterdings nichts zu arbitriren hatten, sondern entweder freisprechen oder auf jene certa summa verurtheilen mußten. — Und weshalb soll der minus licitans das fructuarium iudicium nur omissa fructuaria stipulatione, d. h. bei Unterlassung der Stipulation, haben wählen dürfen? Die intentio der von Dernburg für das fructuarium iudicium angenommenen actio in factum hätte doch

22c) Vgl. auch Lenel ed. perp. S. 379 f. unter 4.
22d) S. oben §. 1838b Ziffer 93 S. 150.

kaum auf etwas Anderes abgestellt werden können, als auf die Thatsache, daß Beklagter in der fructus licitatio das Höchstgebot mit einem bestimmten Betrage behalten habe; und die Wahrheit jener Thatsache wäre von einer Stipulation dieses Betrages völlig unberührt geblieben. Es läßt sich schwerlich denken, daß der Prätor jener intentio etwa noch den Zusatz beigefügt habe: „si non eam summam Aulus Agerius a Numerio Negidio stipulatus est". Gegen die Gefahr aber einer doppelten Verurtheilung auf die summa fructus licitationis aus der Stipulation dieser Summe einerseits und aus dem fructuarium iudicium anderseits wäre das gewiesene Schutzmittel wo nicht die exceptio rei iudicatae, so doch sicher eine doli exceptio gewesen; oder man hätte aus der zuerst angestellten Klage der Condemnation nur dann stattgegeben, wenn der Kläger auf die zweite Klage genügenden Verzicht leistete. Endlich ist auch das nicht verständlich, weshalb der Prätor das Mittel, die, hiernach von ihm also anerkannte, Unbequemlichkeit eines besondern Geschwornengerichtes für die summa licitationis zu vermeiden, nur darin finden mochte, daß der minus licitans jenes vermeintliche fructuarium iudicium beantragte. Was hätte den Prätor hindern können, die fructuaria stipulatio kurzum für unnöthig zu erklären und auf die summa licitationis in jedem Falle, wenn nicht etwa beide Parteien das Stipulationsverfahren vorzogen, das fructuarium iudicium zu ertheilen?

So wird für das fructuarium ein Inhalt gesucht werden müssen, welcher von demjenigen der fructuaria stipulatio verschieden ist.

Rudorff, der früher einmal die Meinung hegte, [23]) daß die fructuaria stipulatio neben der summa fructus licitationis die Restitution der vom plus licitans gezogenen

23) S. oben Ziffer 94 N. 5 S. 158.

Früchte zusichere, nahm damals an, das fructuarium iudicium habe nur die letztere Zusage geltend gemacht, während die summa licitationis omissa stipulatione mittels der venditi actio eingeklagt worden sei.[24]) Es wären danach bei Unterlassung der fructuaria stipulatio gegen den unterliegenden plus licitans drei Nachklagen erforderlich gewesen: die venditi actio auf die summa licitationis, das Cascellianum auf Rückgabe des Besitzes der Sache, und das fructuarium iudicium auf Erstattung der inzwischen von der Sache gezogenen Früchte. Ganz abgesehen von der unhaltbaren Ansicht über die fructuaria stipulatio[25]) verbietet sich diese Meinung schon deshalb, weil nach dem unzweideutigen Ausdrucke des Gaius (IV, 167) die summa licitationis non pretium est fructuum, sed poenae nomine solvitur, folglich mit der auf den Kaufpreis gerichteten venditi actio nicht eingeklagt werden kann.[26]) In der That ist diese Meinung von ihrem Urheber selbst später aufgegeben worden.

Dafür erblickte derselbe demnächst den Unterschied zwischen der fructuaria stipulatio und dem fructuarium iudicium darin, daß jene auf das Doppelte der summa licitationis gegangen sei, dieses auf die Licitationssumme und Früchte nach richterlicher Schätzung.[27]) Diese Auffas-

24) Zeitschr. für gesch. Rechtswissensch. Bd. 11 S. 356 f.

25) S. oben Ziffer 94 zu N. 7 und 8 S. 158 f.

26) S. Schmidt a. a. O. S. 292 N. 10, wo mit Recht auch der Einwurf hinzugefügt ist, es sei sonderbar, wenn man durch die summa licitationis zwar den Besitz des Ackers habe kaufen sollen, nicht aber zugleich die Befugniß, die Früchte zu ziehen. Vgl. auch Witte Interd. Uti poss. S. 50 f.

27) Rechtsgesch. Bd. 2 §. 53 zu N. 42. Dies scheint auch Huschkes Meinung zu sein. Gaius S. 193. Daß Rudorff schließlich in seinem De iurisdictione edictum

sung scheitert ohne weiteres daran, daß, wie wir gesehen haben, die fructuaria stipulatio die Früchte überhaupt nicht mitumfaßte.

Hiervon geht mit Recht Krüger[28]) aus, indem er annimmt, daß neben der Klage aus jener Stipulation der Ersatz für die Früchte ebenso wie die Rückgabe des Besitzes selbst mittels des Cascellianum eingeklagt wurde. Nun sei jedoch der Erfolg des Cascellianum nicht durch Satisdation gesichert gewesen; denn in Beziehung auf dessen Hauptinhalt, die Restitution des Besitzes eines Grundstücks, habe die Insolvenz des plus licitans den Gegner nicht gefährdet. Wohl dagegen habe sie dies gethan hinsichtlich des Ersatzes der Früchte. Und um dieser Gefahr zu begegnen, habe man dem minus licitans gestattet, unter Verzicht auf die fructuaria stipulatio satisdatio iudicatum solvi für das iudicium secutorium de fructibus zu fordern, und ihm dann neben diesem iudicium das Cascellianum nur auf Rückgabe des Besitzes gegeben. — Wir dürfen es hier auf sich beruhen lassen, ob Krüger, wie es scheint, als Inhalt des fructuarium iudicium lediglich den Fruchtersatz betrachte, wozu freilich die ganz sicheren Worte des Codex

S. 218 seine Ansicht nochmals geändert und die fructuaria stipulatio zur incerta gemacht hat, ist bereits gesagt worden. S. oben Ziffer 94 N. 14a S. 163.

28) Krit. Versuche S. 91 f. N. 2. Aehnlich wohl Kappeyne van de Coppello Abhandlungen zum Röm. Staats- und Privatrecht. S. 123 N. 3: „Daher (nämlich, weil die fructus licitationis summa nicht Ersatz für die genossenen Früchte, sondern Strafe für leichtfertiges Prozessiren war) hatte der Gegner die Wahl, ob er die poena gewinnen, aber ohne Sicherheitsleistung streiten, oder auf diesen Gewinn verzichten, hingegen im fructuarium iudicium die cautio iudicatum solvi fordern wollte.“

Veron. p. 245 v. 18 (Gai. IV, 169): „fructus licitatione“ wenig stimmen. Für irrig dagegen müssen wir die wesentlichste Voraussetzung der Krüger'schen Ausführung erklären, es sei für das Cascellianum keine Satisdation geleistet worden. Was sicherte denn den minus licitans gegen die Insolvenz des Höchstbieters, falls dieser den Besitz veräußert hatte? [28a]) Ein gesetzliches Veräußerungsverbot für den Besitzer der res litigiosa, welches die verbotswidrig veräußerte Sache auch in der Hand des dritten Erwerbers auf Grund des gegen den veräußernden Besitzer ergangenen Urtheils der Zwangsvollstreckung des Klägers unterwirft, ist bekanntlich erst von Justinian erlassen worden, [29]) und zwar nur für solche Sachen, welche Gegenstand einer rei vindicatio sind. [30]) Anderseits war es unvermeidlich, die Entscheidung über die Sponsionen und somit auch über das Cascellianum bis zum nächsten rerum actus hinauszuschieben; und es war nicht einmal sicher,

28a) Pfersche Interdicte S. 86 meint freilich, daß die Pflicht, den Sachbesitz durch Caution zu vertheidigen, mehr des Herkommens wegen, als aus praktischen Gründen beibehalten wurde, und daß man bei Loslösung des Besitzstreites von dem Vindicationsverfahren diese Pflicht (welche Pfersche aus der Erkaufung des Vindicienbesitzes durch Prädes herleitet) als überflüssig und unbillig beseitigte.“ Daß die Cautionsleistung nicht auch für das iudicium fructuarium weggefallen sei, erkläre sich daraus, daß die Licitation ihre volle Wirkung nur übte, wenn jeder Bieter auch für die volle Höhe seines Gebotes einstehen konnte, und der Gegner sicher war, die Eintreibung der nach Willkür der Parteien hinaufgetriebenen Strafsumme bewirken zu können.

29) L. 5 (4) Cod. de litig. 8, 36 (37).

30) Nov. 112 c. 1. S. über diese Sätze Francke Commentar über den Pandectentitel de hereditatis petitione S. 30—62.

daß die Sache schon in diesem zur Auslosung gelangte. Demnach war es geradezu unerläßlich, den minus licitans durch satisdatio des Gegners zu schützen.[31]) Daß uns davon keine Spur überliefert worden ist, kann als Gegenbeweis fürwahr nicht gelten. Ganz willkürlich aber ist es, mit Huschke[32]) in der Erwähnung der satisdatio iudicatum solvi beim fructuarium iudicium ein argumentum a contrario für das Fehlen dieser satisdatio beim Cascellianum zu erblicken: man könnte mit gleichem Rechte auch die satisdatio für die fructuaria stipulatio bestreiten, wäre uns diese nicht zufällig in der Studemund'schen Lesung von Gai. IV, 170 (Cod. Ver. p. 246 v. 5: „qui fruc-

31) S. Schmidt a. a. O. S. 293. A. M. Pfersche Interdicte S. 86, der eine weitere Widerlegung für überflüssig hält. Schmidts gleiche Vermuthung für die fructuaria stipulatio ist inzwischen durch Studemunds Lesung von Gai. IV, 170 Cod. Ver. p. 246 v. 5 (oben S. 131): q*ui* fructus licita*tion*i*s* s*atis* non da*t* — bestätigt worden.

32) Gaius S. 194. Wenn es dort weiter heißt: „Auch konnte man sie (nämlich eine Sicherstellung des minus licitans) dort (nämlich beim Cascellianum) nicht aus dem Grunde ableiten, daß der Sieger in der fr. licitatio sich eine fremde Sache angemaßt habe; denn was er Fremdes für sich inne hatte, war nur der fructus, den Besitz übte er nur für den wirklichen Besitzer aus, weil er ihn nur kraft des fructus inne hatte" —, so wird das einer Widerlegung kaum bedürfen. Mit solchen Feinheiten hätte sich der siegreiche minus licitans schwerlich getröstet, wenn der Gegner inzwischen den Besitz veräußert hatte und nicht vermögend war, den Schaden zu ersetzen. In Beziehung auf Huschkes Ansicht gilt im wesentlichen dasselbe, was oben §. 1838b Ziffer 92 S. 132 zu N. 26 hinsichtlich einer Ausführung Wetzells bemerkt worden ist. — Zustimmung hat jene Ansicht gefunden bei Witte Interd. uti poss. S. 57.

tus licitationis satis non dat"), jedenfalls als miteinbegriffene, bekundet. — Hiernach ist es kaum noch nöthig, als letzten Grund gegen Krügers Vermuthung den immerhin höchlich befremdenden Umstand zu betonen, daß sie den Inhalt des im Edicte proponirten Cascellianum je nach dem Inhalte der daneben stattfindenden Klage wechseln läßt.

Ist das Räthsel vielleicht in folgender Weise zu lösen? Bereits, als noch das „quanti ea res erit" des Cascellianum mit Servius Sulpicius[33]) vom vollen Sachwerthe des Streitgegenstandes (einschließlich, wie ich annehme, desjenigen der Früchte aus der Zeit des interimistischen Besitzes) verstanden wurde, dürfte es nicht ganz ausgeschlossen geblieben sein, daß der siegreiche minus licitans in dieser litis aestimatio eine völlige Entschädigung für die Entbehrung des Besitzes in der Zwischenzeit nicht erhielt, z. B. wenn er verpflichtet war, innerhalb dieser Zeit die Hauptsache unter einer Conventionalstrafe zu leisten, und entweder jene Strafe den Werth der Hauptsache überstieg, oder letztere neben der Strafe geleistet werden mußte. Noch häufiger aber wird es vorgekommen sein, daß das Cascellianum den vollen Schaden des Klägers nicht deckte, seitdem die litis aestimatio nur auf den Werth des Besitzes als solchen einschließlich der Früchte desselben ging. Denn es handelte sich beim Cascellianum durchaus nicht um das Gesammtinteresse des minus licitans daran, daß ihm zeitweilig der Besitz entzogen, sondern lediglich um das Interesse daran, daß ihm der mittels des Höchstgebotes vom plus licitans erworbene Besitz einschließlich der Früchte nicht zurückgegeben worden war.[34]) Nicht ersetzt wurde demnach

33) Arg. l. 3 §. 11 D. uti poss. 43, 17.

34) Gai. IV, 166a i. f.: nisi restituat mihi possessionem, Cascelliano sive secutorio iudicio condemnatur. — Gerade deshalb aber möchte ich l. 3 §. 11 D. uti poss.

mittels des Cascellianum z. B. der Nachtheil, welcher dem minus licitans durch die Unterbrechung einer von ihm begonnenen Ersitzung widerfuhr.[35]) Nun hätte freilich der minus licitans derartige, von zufälligen Umständen bedingte, Benachtheiligungen durch Ueberbieten vermeiden können. Allein es ist begreiflich, daß eine Partei, welche nicht etwa ganz fest davon überzeugt ist, im Sponsionsverfahren die Oberhand zu behaupten, wenig geneigt sein wird, im Uebergebote dem Gegner für den Fall seines Sieges eine Mehrleistung über dessen Höchstgebot wegen eines derartigen Grundes zuzusagen, welcher ja für jenen gar nicht vorhanden ist, vollends, wenn sie dabei auf den guten Willen ihrer Freunde Rücksicht zu nehmen hat, die sich für ihr Versprechen verbürgen sollen.

Wo nun für dieses, mittels des Cascellianum nicht gedeckte, Stück des Interesse die, an sich freilich auf poena, nicht auf Ersatzleistung abzweckende, summa licitationis genügende Deckung in Aussicht stellte, da mochte der minus licitans sich beruhigen: er brauchte im Falle seines Sieges mindestens keinen unausgeglichenen Nachtheil aus der erfolgten Besitzentziehung zu besorgen.[36]) Wo dagegen die

43, 17 nicht auf das Cascellianum beziehen: zu seiner beschränkten Tragweite stimmt nicht die litis aestimatio auf „quanti unius cuiusque interest possessionem retinere.“ S. ferner unten N. 38.

35) Vgl. oben Ziffer 94 zu N. 2d. S. Bevor ein Rescript von Severus und Caracalla (§. 13 J. de usuc. 2, 6) der accessio possessionis auch bei der usucapio stattgab, fehlte es selbst für den Fall, wo der plus licitans den Besitz restituirte, an einem Mittel, die Unterbrechung der usucapio auszugleichen.

36) Auch in dieser Beziehung sei verwiesen auf den ähnlichen Erfolg der, an sich rein pönalen, actio furti der classischen Zeit für den Nichteigenthümer, cuius ex honesta

summa licitationis hinter dem muthmaßlichen Betrage jenes, vom Cascellianum nicht berührten, Interesse zurückblieb, da schien es gewiß billig, dem minus licitans einen neuen Weg zur vollen Genugthuung für jede Beschädigung durch das gegnerische Höchstgebot zu eröffnen. Sollte nun nicht dieser Weg unser fructuarium iudicium sein, das agere de fructus licitatione,[37]) d. h. eben wegen alles infolge des Ausfalls der fructus licitatio erlittenen Nachtheils —?[38])

Wir vermuthen hiernach, daß beim fructuarium iudicium die summa licitationis überhaupt nicht in Frage kam, oder doch höchstens als Maßstab der gegnerischen Veranschlagung des Besitzinteresse; daß jene Klage vielmehr eine reine Ersatzklage war, die als solche zugleich den Inhalt des Cascellianum in sich aufnahm. Es hatte mithin der minus licitans die Wahl zwischen der Klage aus der fructuaria stipulatio und dem Cascellianum einerseits, und dem fructuarium iudicium anderseits. In der That würde es kein Lob für die juristische Technik der Römer sein, zu glauben, daß das Cascellianum zugleich mit dem fructuarium angestellt worden sei.

Im wesentlichen stimmt hiermit Lenels Ansicht[39])

causa interest, furtum factum non esse: er erhält damit sachlich eben doch den Ersatz seines Schadens. Vgl. oben Ziffer 94 N. 14 S. 162.

37) Lenel ed. perp. S. 380 N. 1, welchen Dernburg a. a. O. S. 25 gar nicht verstanden hat.

38) Hierzu passen durchaus die Worte, womit l. 3 §. 11 D. uti poss. 43, 17 die litis aestimatio beim Uti possidetis bezeichnet: „quanti unius cuiusque interest possessionem retinere.“ Vgl. oben N. 34.

39) Ed. perp. S. 380: „Vielmehr ging das iudicium (nämlich das fructuarium) sehr wahrscheinlich auf den Ersatz des durch den Ausgang der fructus licitatio dem Kläger

überein. Abgesehen jedoch davon, daß Lenel es wenigstens nicht ausspricht, es gehe das Cascellianum im fructuarium iudicium auf, liegt der Unterschied der hier aufgestellten Ansicht von der seinigen, sofern ich diese richtig auffasse, darin, daß er die Wahl zwischen Geltendmachung des fructuaria stipulatio und dem fructuarium iudicium erst nach der Entscheidung über die Sponsionen stattfinden läßt. Und dies muß ich für irrig halten. Nicht einmal das dürfte zugegeben werden, daß jene Wahl etwa verschoben worden sei bis zur litis contestatio über die Sponsionen, an welche, wie wir gesehen haben, [40]) sich aller Wahrscheinlichkeit nach die litis contestatio über die Nachklagen unmittelbar anschloß. Denn „omissa fructuaria stipulatione" kann m. E. nicht heißen: „unter Verzicht auf die Klage aus der vorgenommenen fructuaria stipulatio", sondern nur: „bei Unterlassung der fructuaria stipulatio". [41]) Demnach trat die Wahl zwischen beiden Wegen gleich nach der fructus licitatio ein. Allerdings mag dies auf den ersten Blick ungeschickt erscheinen: es ist m. E. gar nicht zu bestreiten, daß der minus licitans ein völlig sicheres Urtheil über die Sachlage erst gewinnen kann, nachdem über die Sponsionen

verursachten Schadens (quanti ea res erit), und seine Einführung beruht auf der naheliegenden Erwägung, daß sich bei der fructus licitatio die Dauer des Processes und daher auch die Bedeutung der Vortheile des interimistischen Besitzes sehr häufig noch nicht übersehen läßt, so daß die Licitationssumme dem Kläger mitunter keine hinreichende Entschädigung für den entbehrten Besitz gewähren würde" und N. 2 dazu: „Man muß dabei nicht bloß an die vom Beklagten gezogenen Früchte denken, die dieser nach Gai. IV, 167 ohnedies herausgeben muß, sondern an die Gesammtheit der Besitzvortheile."

40) Oben §. 1838b Ziffer 93 S. 149 ff.

41) S. oben N. 15 S. 164.

zu seinen Gunsten entschieden worden ist. Allein ebenso unbestreitbar dürfte es sein, daß es alsdann nicht selten zu spät sein würde, seinen Anspruch zu verwirklichen: falls eine ausreichende Satisdation ausbliebe, würde ihm auch das interdictum secundarium gerade zu demjenigen nicht verhelfen können, was er mittels des fructuarium iudicium sucht, während er dagegen vollständig gedeckt wird, wenn er unmittelbar nach der fructus licitatio beim Ausbleiben genügender Sicherheitsleistung das interdictum secundarium erhält. Uebrigens liefert auch die Reihenfolge bei Gai. IV, 170: qui fructus licitationis satis non dat, aut si sponsionem non faciat sponsionumve iudicia non accipiat — ein beweistüchtiges Zeugniß mindestens dafür, daß jene Satisdation vor Eingehung der Sponsionen erfolgte.

Hierbei ist es sehr begreiflich, daß der minus licitans, der sich für das fructuarium entscheidet, die fructuaria stipulatio unterlassen muß: dieselbe würde nicht allein ganz überflüssig sein, sondern er würde auch, falls sie vorgenommen wäre, eine Verurtheilung des Gegners aus dem fructuarium nur gegen acceptilatio der gegnerischen Stipulationsschuld erzielen können.

Wie im Vorstehenden bereits hervorgehoben worden ist, wurde die Leistung der satisdatio iudicatum solvi für das fructuarium iudicium dadurch erzwungen, daß im Falle ihres Ausbleibens nach Gai. IV, 170 das secundarium interdictum stattfand. Es steht aber wohl kaum ein Bedenken der Annahme entgegen, daß mit dem dort gebrauchten Ausdrucke: qui fructus licitationis satis non dat — nicht nur derjenige plus licitans bezeichnet werde, welcher die Satisdation sei es für die fructuaria stipulatio, sei es für das fructuarium iudicium nicht erbringt, sondern ebenso derjenige, der dieselbe für das Cascellianum nicht bestellt. Jedenfalls werden wir, wenn wir auch für diese

Klage cautio iudicatum solvi für unerläßlich halten, schwerlich ein anderes Mittel zu deren Erzwingung anzugeben imstande sein, als eben das interdictum secundarium.

Ausdrücklich bezeugt ist dasselbe Zwangsmittel zwecks Eingehung der Sponsionen und zwecks Einlassung auf die Sponsionsklagen (Gai. IV, 170).

Die Möglichkeit der Doppelsponsion zwecks Fortsetzung des doppelseitigen Verfahrens hängt, wie wir wissen, davon ab, daß die fructus licitatio stattgefunden, und der plus licitans das ihm infolge seines Höchstgebotes Obliegende gethan hat. Sofern also die nach Lenels Restitution des Edictes in l. 1 pr. i. f. D. uti poss. 43, 17 [41a]) vorgeschriebene Verjährung der Sponsion von jener Doppelsponsion zu verstehen ist, ergiebt sich ohne weiteres, daß dieselbe erst vom Vollzuge der fructus licitatio und der daraus folgenden Obliegenheit des Höchstbieters laufen kann. Ist jedoch diese Beziehung richtig, so erhebt sich sogleich die neue Frage: was geschieht, wenn der jeder Partei infolge der fructus licitatio zuständige Anspruch auf die Doppelsponsion verjährt ist? Von einem iudicium secundarium kann u. E. dann schlechterdings die Rede nicht sein: kein Theil ist in der Lage, es dem Gegner zur Last zu legen, daß das Verfahren nicht als doppelseitiges seinen Fortgang hat; und nur dann, wenn er dies vermöchte, würde ihm selbst der Anspruch auf ein derartiges Interdict zustehen. Demnach ist nur die Annahme zulässig, daß nunmehr der kraft der fructus licitatio begründete Zustand als solcher maßgebend blieb. Der Höchstbieter galt mithin als iuste ab adversario possidens; zum Schutze dieses seines Besitzes auch wider den alten Gegner konnte und mußte er nunmehr von neuem das Uti possidetis impetriren. [41b])

41a) S. oben §. 1837b Ziffer 77 Thl. 1 S. 497.

41b) Vgl. unten Ziffer 96 zu N. 44a und zu N. 63b und Ziffer 97 zu N. 70.

96. Es ist unter Hinweis auf Gai. IV, 167 sq. schon oben [42]) bemerkt worden, daß der Ausgang der fructus licitatio an der par utriusque litigatoris condicio hinsichtlich der Sponsionen und der aus denselben hervorgehenden Klagen nicht das Geringste ändert, namentlich auch nicht in Beziehung auf die einer jeden Partei obliegende Last des Beweises, sie habe ihrer Behauptung gemäß für den Augenblick des interdictum redditum der andern gegenüber als fehlerfreier Besitzer zu gelten. [42a])

Der Verlauf des Verfahrens in dem Falle, wenn die

42) §. 1836b Ziffer 53 zu N. 38 Thl. 1 S. 294.

42a) Vgl. Kappeyne van de Coppello Abhandlungen S. 120 N. 1: „Ueber die Beweislast konnte selten Streit bestehen. Bei dem zweiten Erscheinen vor dem Magistrat, bez. bei Gelegenheit der fructus licitatio zeigt sich, wer von den beiden die Sache besaß; obschon es natürlich denkbar ist, wird es jedoch äußerst selten vorgekommen sein, daß seit dem ersten Erscheinen in dieser Hinsicht eine Veränderung stattgefunden hatte: auch wäre es in diesem Fall mit Leichtigkeit zu zeigen gewesen. Der Prozeß mußte also gewonnen werden von dem, bezüglich dessen es feststand, daß er beim ersten, bez. zweiten Erscheinen die Sache in seiner Verwahrung hatte, es sei denn, daß die Gegenpartei bewies, daß jener ihr Detentor sei oder von ihr die Sache vi clam precario überkommen habe. Die Debatte drehte sich also hauptsächlich um die Einreden." S. 123 oben: „man wußte, wer zur Zeit der fructus licitatio den Streitgegenstand hinter sich gehabt hatte, und dieser mußte den Prozeß gewinnen, wenn sich nicht die Unrechtmäßigkeit seines Erwerbs zeigte." Wie diese Auffassung einerseits abhängt von Kappeynes Ansicht über die vis adversus edictum (s. oben §. 1836a Ziffer 41 Thl. 1 S. 227 f.), so würdigt sie andererseits die so häufigen Fälle nicht, in denen der Besitz eines Grundstücks in einzelnen Verfügungsacten besteht. Hier bot die fructus licitatio schwerlich Gelegenheit, den

eine Partei diesen Beweis erbrachte, die andere dagegen nicht, bietet keinerlei Zweifel. Zunächst ergiebt sich die Entscheidung in den Processen über die beiderseitigen Sponsionen und die dazu gehörigen Restipulationen: die ihren Beweis erbringende Partei gewinnt ihre Klagen aus der Sponsion des Gegners und aus ihrer eignen Restipulation, und wird umgekehrt von den entsprechenden Klagen des Gegners freigesprochen. Ist nun der Sieger der plus licitans, so ist der ganze Rechtsstreit damit beendet. Andernfalls schließt sich den Urtheilen in den Sponsionsprocessen noch die Entscheidung über die Nachklagen des siegreichen minus licitans an.

Sehr zweifelhaft und bestritten dagegen ist es, ob der Ausgang der beiderseitigen Beweisführung auch wohl ein andrer sein konnte, als Erbringung des Beweises seitens der einen Partei, Nichterbringung desselben seitens der andern.

Denkbar scheint mir in dieser Beziehung eine zweifache Abweichung.

1) Bei Erlaß des Interdicts hat keine beider Parteien juristischen Besitz gehabt, weder iuste noch iniuste, sei es vom Gegner, sei es von einem Dritten.

Sehr häufig freilich wird dieser Fall kaum gewesen sein.

Zwischen Leuten, von denen keiner auch nur einmal den natürlichen Besitz hat, wird es überhaupt nicht leicht zum Streite um den Besitz kommen. Wäre dies jedoch einmal geschehen, und dann obendrein, was allerdings wenig wahrscheinlich ist, post interdictum redditum beiderseits eine Handlung vorgenommen worden, welche als vis adversus edictum facta gelten konnte, so würde die Zweck-

bis dahin geübten Besitzstand darzulegen: denn es hatte eben keine Partei das Grundstück hinter sich.

widrigkeit des Verfahrens doch infolge der fructus licitatio meist herausgetreten sein. Jedenfalls da, wo ein Dritter den Streitgegenstand so besaß, daß sein Besitz in einem dauernden Verhältnisse bestand: an diesem Verhältnisse hätte die Besitzergreifung des plus licitans scheitern müssen. Die Ermächtigung des die fructus licitatio leitenden Prätors zu jener Besitzergreifung war selbstverständlich nur unter der Voraussetzung ertheilt worden, daß eine der beiden Parteien des Besitzstreites in der That Besitzer des Streitobjectes sei; sobald der Mangel dieser Voraussetzung erhellte, hatte die Ermächtigung ihre Kraft verloren. Folgeweise konnte nunmehr das Verfahren nicht weiter laufen. [43]) Aber auch da, wo ein Dritter den Besitz nur in einzelnen Verfügungshandlungen übte, hätte doch die Besitzergreifung des plus licitans regelmäßig zu einem Zusammenstoße desselben mit dem bisherigen Besitzer geführt und dessen Einschreiten veranlaßt; auch hier also würde das begonnene Verfahren liegen geblieben sein.

Indessen scheint es auch thatsächlich recht gut denkbar, daß das Uti possidetis dann, wenn eine Partei wenigstens in der Detention des Streitgegenstandes sich befand, ohne Dazwischenkunft des Dritten, welcher juristischen Besitz hatte, bis zur Entscheidung über die beiderseitigen Sponsionen und Restipulationen fortgesetzt worden sei. Immerhin jedoch fehlt es an einem Zeugnisse für diesen Fall; und der weitere Verlauf des Verfahrens läßt sich nur vermuthen.

43) Dies ist auch wohl die Ansicht Krügers krit. Versuche S. 92: „Denkt man an die Möglichkeit, daß keine der Parteien zur Zeit des Interdicts besessen hat, so hätte der Meistbieter durch sein Gebot nichts gewonnen, da kein Besitz da war, den er sich auf Grund desselben verschaffen konnte.“

Vermochte keine Partei zu erweisen, daß sie im Augenblicke des interdictum redditum der andern gegenüber fehlerfrei besessen habe, so war damit zugleich der Beweis der eigentlichen Voraussetzung für die gegnerische Sponsion verfehlt: si adversus edictum praetoris possidenti sibi vis facta est. Jede Partei mußte also mit ihrer Sponsionsklage abgewiesen werden, gewann dagegen die Klage aus ihrer von der entgegengesetzten Voraussetzung: si adversus edictum praetoris possidenti adversario vis facta non est abhängigen Restipulation. Wir haben nun gesehen,[44]) daß die beiden Sponsionen und ihnen entsprechend die beiden Restipulationen auf verschiedene Beträge gehen konnten. Wo dies der Fall war, würde alsdann die eine Partei der andern den Ueberschuß der Restipulation der letztern über ihre eigene Restipulation herauszuzahlen gehabt haben.

Was die Nachklagen betrifft, so dürfte zunächst für das Verfallen der fructuaria stipulatio der Inhalt ihrer Bedingung maßgebend gewesen sein. Diesen aber kennen wir nicht. Soviel ich sehe, wäre für ihn eine dreifache Möglichkeit denkbar: 1) der Sieg des Stipulators in seiner Klage aus der gegnerischen Sponsion, 2) die Abweisung der gegnerischen Klage aus der Sponsion des Stipulators; 3) der Sieg des Stipulators in den Processen über beide Sponsionen. Im gewöhnlichen Falle, in welchem dem Nichterbringen des erforderlichen Beweises vonseiten des plus licitans das Erbringen des erforderlichen Beweises seitens des minus licitans gegenüber steht, würden diese Unterschiede nicht zur Geltung gelangt sein; und wahrscheinlich hat Gaius nur diesen gewöhnlichen Fall vor Augen, wenn er (IV, 167) sagt: Ergo is, qui fructus licitatione vicit, si non probat ad se pertinere posses-

44) §. 1838a Ziffer 89 S. 107.

sionem, sponsionis et restipulationis et fructus licitationis summam poenae nomine solvere et praeterea possessionem restituere iubetur. Wenigstens scheint die Schlußfolgerung aus dem „si non probat ad se pertinere possessionem“ auf die zweite Fassung keinesweges geboten: zu dem Cascellianum, für welches sie hiernach entsprechend geltend müßte, würde die Analogie der Nachklage aus einem interdictum simplex vielmehr die positive Fassung: si sponsione vicerit (sc. actor) erheischen. Unter solchen Umständen möchte die dritte Fassung am meisten für sich haben, wie obendrein die Worte: si secundum me iudicatum erit, — bei Gai. IV, 166a zu ihr am besten stimmen. Nehmen wir sie an, so werden wir im fraglichen Falle die fructuaria stipulatio nicht als verfallen gelten lassen können, insofern die Bedingung nur zu einer Hälfte erfüllt, zur andern aber vereitelt worden ist. Ganz abgesehen aber von der Regel: in dubio pro debitore, ist in der That schlechterdings kein sachlicher Grund erfindlich, weshalb hier der minus licitans die summa licitationis beanspruchen sollte: hat doch auch er nicht dargethan, was in Wahrheit ihm den Vorzug geben könnte.

Und dasselbe würde sich für das Cascellianum sowie für das fructuarium iudicium ergeben. Den Besitz des Streitgegenstandes würde der minus licitans mithin nur mittels der rei vindicatio erlangen können. Freilich sagt Gai. IV, 166 vom plus licitans: „is *tantisper* in possessione constituitur“, d. h. für die Dauer des Interdictsprocesses. Aber das ist eben nur in dem Sinne zu verstehen, daß der unterliegende plus licitans mittels des Cascellianum (bezw. des fructuarium iudicium) angehalten wird, den Besitz zurückzugeben.[44a]) Von einer mit der

44a) Sicherlich behielt der plus licitans den Besitz, wenn es zur Entscheidung ex interdicto primario deshalb nicht

Niederlage des plus licitans in den Sponsionsprocessen ohne weiteres eintretenden Beendigung seines thatsächlichen Besitzverhältnisses kann nach dem Wesen jenes Verhältnisses nicht die Rede sein. Um so weniger in unserm Falle, wo dem minus licitans jede, auf den Besitzanspruch gestützte, Klage fehlt, den Gegner zur Herausgabe des Besitzes zu nöthigen.[44b]) Der plus licitans bleibt also auf Grund seines Höchstgebotes Besitzer und wird als solcher ohne Zweifel nunmehr auch gegen den minus licitans geschützt.[44c])

2) Daß umgekehrt eine jede Partei für den Augenblick des interdictum redditum der andern Partei gegenüber fehlerfreien Besitz darlege, ist selbstverständlich da unmöglich, wo dieser Besitz auf der einen oder auf der andern Seite in einem dauernden Verhältnisse der Person

kommen konnte, weil der Gegner sponsiones non fecit sponsionumve iudicia non accepit. S. unten Ziffer 97 zu N. 70.

44b) Eben die thatsächliche Natur des Besitzverhältnisses, wonach dasselbe kraft einer rechtlichen Entscheidung niemals von selbst aufzuhören vermag, hat bei dieser Frage Eck, doppelseitige Klagen S. 46 f., nicht beachtet, wenn er annimmt, mit der ergebnißlosen Beendigung des Interdictsprocesses in dem Falle, wo keine Partei die Voraussetzungen des Interdicts nachgewiesen hatte, habe der „Interimsbescheid" über den Besitz seine Kraft verloren, und es sei lediglich darauf angekommen, wer jetzt zuerst Besitz erlangt und zum Schutze desselben ein Interdict ausgewirkt habe. S. dagegen auch Krüger krit. Versuche S. 92 N. 1, der aber das punctum saliens nicht getroffen haben dürfte, wenn er bemerkt: „Man sollte meinen, der Interimsbesitz gebe dem Meistbieter genügende Mittel in die Hand, um ein Zuvorkommen des anderen unmöglich zu machen."

44c) So wohl auch Meischeider Besitz und Besitzschutz S. 94.

zur Sache besteht: contra naturam quippe est, ut, cum ego aliquid teneam, tu quoque id tenere videaris; — non magis enim eadem possessio apud duos esse potest, quam ut tu stare videaris in eo loco, in quo ego sto, vel in quo ego sedeo, tu sedere videaris.[45]) Nicht so da, wo der Besitz sich lediglich in einzelnen Verfügungen über die Sache äußert, also an einem unbewohnten Grundstücke. Hier ist es keinesweges ausgeschlossen, daß eine jede Partei Verfügungsacte nachweise, welche, der andern gegenüber fehlerfrei vorgenommen, sie selbst für den Augenblick des interdictum redditum als Besitzer erscheinen lassen. Auf einen derartigen Fall ist daher das ausdrückliche Zeugniß zu beschränken, welches wir für die Möglichkeit der gleichzeitigen possessio ab adversario iusta beider Parteien besitzen.

L. 3 pr. D. uti poss. 43, 17:

(*Ulp.* lib. 69. ad ed.) Si duo possideant in solidum, videamus, quid sit dicendum . quod qualiter procedat, tractemus, si quis proponeret possessionem iustam et iniustam . ego possideo ex iusta causa, tu vi aut clam: si a me possides, superior sum interdicto, si vero non a me, neuter nostrum vincetur: nam et tu possides et ego.

Es ist freilich üblich, in diesem Ausspruche Ulpians mit v. Savigny[46]) die Widerlegung der Lehre des Trebatius von der possessio plurium in solidum mittels des argumentum ab absurdo zu erblicken. Als Inhalt aber dieser, hier vermeintlich widerlegten, Lehre gilt der Satz, daß demjenigen, welcher den Besitz iniuste verloren habe,

45) L. 3 §. 5 D. de a. v. a. p. 41, 2. (Paul. lib. 54. ad ed.).

46) Recht des Besitzes §. 11 unter C. 7. Aufl. S. 181 ff.

gleichwohl noch immer die interdicta retinendae possessionis zustehen.

Inzwischen scheint es zunächst mehr als fraglich, ob dies wirklich die Lehre des Trebatius gewesen sei. Alles, was wir mit Sicherheit von derselben wissen, beruht auf l. 3 §. 5 D. de a. v. a. p. 41, 2:

(*Paul.* lib. 54. ad ed.) Ex contrario plures eandem rem in solidum possidere non possunt: contra naturam quippe est, ut cum ego aliquid teneam, tu quoque id tenere videaris. *Sabinus* tamen scribit, eum, qui precario dederit, et ipsum possidere, et eum, qui precario acceperit. idem *Trebatius* probabat, existimans, posse alium iuste, alium iniuste possidere, duos iniuste vel duos iuste non posse. quem *Labeo* reprehendit, quoniam in summa possessionis non multum interest, iuste quis an iniuste possideat: quod est verius. non magis enim eadem possessio apud duos esse potest, quam ut tu stare videaris in eo loco, in quo ego sto, vel in quo ego sedeo, tu sedere videaris.

Labeos Bemerkung, es mache nach dem Wesen des Besitzes keinen großen Unterschied, ob jemand iuste oder iniuste besitze, könnte für sich betrachtet es immerhin zweifelhaft erscheinen lassen, gegen welchen Punct des von Trebatius aufgestellten Satzes sie sich richte: ob dagegen, daß überhaupt eine possessio plurium in solidum statthaft sei; oder vielmehr dagegen, daß dieselbe nur möglich sei bei Concurrenz zwischen iustus und iniustus possessor. Dieser Zweifel wird jedoch beseitigt, indem Paulus der von ihm ausdrücklich für richtig erklärten Bemerkung Labeos hinzufügt, daß die gleichzeitige körperliche Innehabung derselben Sache durch mehrere natürlich unmöglich sei: hiernach hat auch Labeo die possessio plurium in solidum als solche bekämpft. Lediglich aus den Gegengründen der

genannten Juristen aber läßt sich darauf schließen, was Trebatius mit dem Satze: posse alium iuste, alium iniuste possidere, duos iniuste vel duos iuste non posse — eigentlich gemeint hat.

Gewiß wollte er damit nicht behaupten, die Thatsache des Besitzes als solche, d. h. die körperliche Innehabung der Sache, könne gleichzeitig bei mehreren in solidum vorhanden sein: einerseits darf ohne unausweichliche Nöthigung einem Juristen von seiner Bedeutung nicht vorgeworfen werden, die unmittelbare Anschauung der Wirklichkeit habe ihm in dem Maße gefehlt, wie das bei einer derartigen Behauptung vorausgesetzt werden müßte; und anderseits würde gegen die Möglichkeit der corporalis possessio plurium in solidum der Einwurf Labeos nichts beweisen.

Die Ansicht des Trebatius muß vielmehr darin bestanden haben, daß der iniuste entzogene Besitz für den frühern Besitzer in gewisser Weise rechtlich fortwirke.

Schwerlich aber sollte sein Satz nur das sagen, daß jener frühere Besitzer diesem iniustus possessor gegenüber im interdictum retinendae possessionis siege: dann würde der Widerspruch dagegen ein Streit um Worte sein,[46a]) während doch die unverkennbare Energie dieses Widerspruchs darauf hinweiset, daß es sich um einen sachlichen Unterschied handelt. Als Gegenstand eines solchen aber kann nur ein Zweifaches in Frage kommen: entweder die fortdauernde Zuständigkeit der interdicta retinendae possessionis auch gegenüber Dritten; oder die Fortdauer der condicio usucapiendi.

Es ist jedoch nicht zu verstehen, wie die Gründe des Labeo und des Paulus die Zuständigkeit jener Interdicte widerlegen sollten. Trebatius nämlich redet, was wohl

46a) Witte in Zeitschrift für Civilrecht und Proceß N. F. Bd. 18 S. 251.

zu beachten ist, vom Besitze ganz allgemein, keinesweges blos vom Besitze an Grundstücken. Und nun ist es ja völlig unzweifelhaft, daß das Utrubi bis zu seiner Verjährung auch dem gewesenen Besitzer einer beweglichen Sache zustand: die Wahrheiten, daß es im allgemeinen nicht darauf ankommt, ob jemand iuste oder iniuste besitze, und daß die Thatsache des Besitzes nicht gleichzeitig bei mehreren vorhanden sein kann, vermögen daran schlechterdings nichts zu ändern. Umgekehrt aber wäre es ganz unbegreiflich, wie Trebatius angesichts des Utrubi die Zuständigkeit der interdicta retinendae possessionis auf die Concurrenz zwischen iustus und iniustus possessor hätte beschränken mögen: jeder, welcher innerhalb des letzten Jahres sei es iuste, sei es iniuste besessen hatte, konnte mit dem Utrubi gegenüber jedem Dritten siegen, welchem gegenüber er selbst längere Zeit in diesem Jahre iustus possessor gewesen war.

Hiernach bleibt nur die Annahme übrig, daß Trebatius trotz iniuste geschehener Besitzentziehung die condicio usucapiendi fortbestehen ließ.[47]) Die Begründung hierfür lag ohne Zweifel darin, daß der frühere Besitzer gegenüber dem iniuste a se possidens im interdictum retinendae possessionis potior ist, ihm gegenüber also insofern noch als gegenwärtiger Besitzer geschützt wird. Damit ist aber zugleich die Grenze für die Fortdauer der condicio usucapiendi gezogen: diese condicio hört auf, sobald der iniustus possessor seinerseits, sei es iuste, sei es iniuste, den Besitz verliert. Und so versteht sich auch das „duos iniuste vel duos iuste non posse“: die Usucapion des frühern Besitzers wird nothwendig unterbrochen, wenn ein Dritter von dem zwischen ihnen stehenden iniustus

47) Witte a. a. O. S. 252. A. M. v. Savigny a. a. O. S. 180 unter A.

possessor iuste oder vitio, z. B. auch precario, den Besitz erwirbt.[48])

Darauf, daß in der That die Ansicht des Trebatius sich auf die Fortdauer der Usucapion während der Besitzzeit des iniuste vom Usucapienten Besitzenden bezog, weiset auch die von Paulus vor jener Ansicht mitgetheilte, Ansicht des Sabinus hin, gegen welche weder Labeo noch Paulus den geringsten Einwand erheben.[49]) Danach besitzt sowohl der precario dans, als der precario accipiens. Daß jedoch jemals ein römischer Jurist dem precario dans gegen einen Andern, als den Precaristen, das interdictum Uti possidetis zugeschrieben hätte, ist durchaus unbekannt; für das Utrubi aber kommt es auf gegenwärtigen Besitz überhaupt nicht an. Wenn also Pomponius berichtet

L. 15 §. 4 D. de prec. 43, 26

(lib. 29. ad Sabin.): Eum, qui precario rogaverit, ut sibi possidere liceat, nancisci possessionem non est dubium: an is quoque possideat, qui rogatus sit,

48) Dies gilt auch dann, wenn der Precarist, dessen Besitz die Usucapion des precario dans nicht unterbricht (s. unten zu N. 50), precario den Besitz weiter giebt. L. 19 pr. D. de prec. 43, 26 (Julian. lib. 49. dig.): Duo in solidum precario habere non magis possunt, quam duo in solidum vi possidere aut clam: nam neque iustae neque iniustae possessiones duae concurrere possunt. Durch den Precaristen seines Precaristen besitzt der erste precario dans nicht einmal quoad usucapionem, weil er zu jenem in keinem Vertragsverhältnisse steht, dieser aber überhaupt nicht mehr als Besitzer zu gelten vermag, da er ja von vornherein nicht usucapiren konnte. — Vgl. übrigens unten N. 62.

49) A. M. v. Savigny a. a. O. S. 176 unter 4. S. 183 unter D. Bekker das Recht des Besitzes bei den Römern S. 109 unter β. Pininski der Thatbestand des Sachbesitzerwerbs nach gemeinem Recht. Bd. 2 S. 272 N. 1.

dubitatum est. placet autem, penes utrumque esse eum hominem, qui precario datus esset, penes eum, qui rogasset, quia possideat corpore, penes dominum, quia non discesserit animo possessione —

so kann damit lediglich die Fortdauer der condicio usucapiendi beim rogatus gemeint sein.[50]) Und ebendies muß auch als die Meinung des Sabinus gelten. Dieselbe ist also lediglich eine geringe Einschränkung des von Paulus an die Spitze gestellten Satzes der Unmöglichkeit der possessio plurium in solidum, wie sie Paulus selbst für den verwandten Fall des Faustpfandes in l. 1 §. 15 D. de a. v. a. p. 41, 2 anerkennt.

Der Irrthum aber des Trebatius lag darin, daß

50) Witte a. a. O. S. 253, welcher mit Recht für die possessio plurium in solidum in dem hier fraglichen Sinne hinweiset auf l. 1 §. 15 D. de a. v. a. p. 41, 2. l. 36 eod. l. 16 D. de usurp. 41, 3. A. M. Rudorff Zusatz Nr. 46 zu v. Savignys Besitz S. 624 f., welcher l. 15 §. 4 cit. auf das Utrubi bezieht, indem er auf l. 1 D. Utrubi 43, 31 und l. 23 §. 2 D. de usurp. 41, 3 verweiset. Auf das Utrubi dagegen muß bezogen werden l. 13 §. 7 D. de a. v. a. p. 41, 2: die accessio der Besitzzeit des Precaristen zur Usucapion des precario dans ist einfach dadurch ausgeschlossen, daß der Precarist selbst gar nicht in condicione usucapiendi sein kann. S. v. Vangerow Pand. Bd. 1 §. 200 Anm. 1 Nr. 3c. Karlowa iuris Romani principia de accessionibus possessionum p. 38 sq. — Meischeider Besitz und Besitzschutz S. 96 versteht l. 15 §. 4 cit. im Sinne des Pomponius vom Uti possidetis, welches darnach sowohl dem precario dans gegen den Precaristen, als letzterm gegen Andere zugestanden habe. Allein hieran haben in Wahrheit die römischen Juristen nie gezweifelt: es ergiebt sich mit Nothwendigkeit aus dem Wesen des interdictum duplex. S. oben §. 1837a Ziffer 76 zu N. 91 Thl. 1 S. 488 und unten nach N. 55.

er die für diesen Fall der vitiosa possessio zutreffende Entscheidung verallgemeinerte, indem er den wesentlichen Gegensatz der precaria possessio zur violenta und zur clandestina possessio übersah. Allerdings nämlich ist der Precarist gerade so gut juristischer Besitzer, wie der fur und der violentus possessor. Allein während der Besitz der Letzteren sich auf deren einseitigen Willen gründet, beruht das Besitzverhältniß des Precaristen auf der vertragsmäßigen Einräumung seitens des precario dans. Da dieser aber sich den willkürlichen Widerruf vorbehalten hat, mithin non discessit animo possessione, [51]) so kann zwecks der Usucapion der Precarist als sein Detentor gelten, [52]) während der animus des Bestohlenen oder des Dejicirten in Beziehung auf den Besitz wirkungslos bleibt, weil ihm der animus des fur und des violentus possessor nicht entspricht.

Auf eine solche Ansicht endlich sind auch die Einwürfe des Labeo und des Paulus zutreffend. Der Grund für die Unterbrechung der Usucapion, will der Erstere sagen, liege in dem Verluste des Besitzes durch die Thatsache des fremden Besitzes an sich; die Qualification dieses fremden Besitzes gegenüber dem frühern Besitzer sei hier grundsätz-

51) Witte a. a. O. S. 255. vgl. Rudorff Zusatz Nr. 48 und 49 a. a. O. S. 625 ff. Die dort angeführte Schrift v. d. Hagens, über den nach L. 15 §. 4 D. de precario stattfindenden gleichzeitigen Besitz des precario rogans und des rogatus, ist mir unzugänglich.

52) Eben deshalb wird die Usucapion des precario dans durch den Besitzverlust des Precaristen nothwendig ebenso unterbrochen, wie diejenige des Pfandgebers durch den Besitzverlust des Faustpfandgläubigers, oder diejenige des mittels eines Detentors Besitzenden dadurch, daß dieser Detentor die Detention verliert. l. 33 §. 4 D. de usurp. 41, 3. Witte a. a. O. S. 255.

lich gerade so unwesentlich, wie sie das im allgemeinen sei. Paulus aber führt dies auf den allgemeinern Gedanken zurück, daß das thatsächliche Besitzverhältniß seinem Wesen nach nicht gleichzeitig in solidum bei mehreren vorhanden sein könne. Bekanntlich ist die Ansicht von der naturalis usurpatio durch gewaltsame oder heimliche Besitzentziehung so durchaus zur Herrschaft gelangt, daß außer unserer l. 3 §. 5 D. 41, 2 von einer abweichenden Meinung nicht die leiseste Spur auf uns gekommen ist. [53])

Haben wir im Vorstehenden die Ansicht des Trebatius über die possessio plurium in solidum getroffen, so leuchtet es unmittelbar ein, daß Ulpian in l. 3 §. 5 D. uti poss. 43, 17 cit. nicht deren Widerlegung bezwecken konnte. Mag übrigens die Meinung des Trebatius gewesen sein, was sie wolle, immer bleibt es völlig willkürlich, jene Stelle als eine Widerlegung derselben anzusehen. Jedenfalls ist das unleugbar, daß sie weder den Trebatius nennt, noch überhaupt irgend eine Behauptung als irrige bezeichnet. In der That findet v. Savigny [54]) die äußere Ermächtigung für seine entgegengesetzte Auffassung lediglich in der, wie er meint, hypothetischen Ausdrucksweise Ulpians (si quis proponeret): er nehme also die von ihm bekämpfte Meinung auf einen Augenblick als wahr an, um zu zeigen, wie das interdictum Uti possidetis nach ihr zu beurtheilen wäre, und dann durch eine Consequenz aus ihr ihre Unhaltbarkeit fühlbar zu machen. Indessen läßt für den Fall, in welchem der iustus possessor mit dem iniuste a se possidens um den Besitz streitet, [55]) das ganz positive

53) L. 5 D. de usurp. 41, 3 (Gai. lib. 21. ad ed. prov.): Naturaliter interrumpitur possessio, cum quis de possessione vi deicitur, vel alicui res eripitur etc.

54) A. a. O. S. 182 f.

55) Daß v. Savigny ohne jeden Anhalt in der Stelle,

„superior sum interdicto“ die Deutung einer hypothetischen Entscheidung Ulpians schlechterdings nicht zu.[56]) Damit jedoch dürfte die gleiche Deutung von selbst auch für den andern Fall ausgeschlossen sein, in welchem ein iustus possessor einem zwar iniuste, aber non a se, possidens gegenübersteht (si vero non a me possides vi aut clam): das „neuter nostrum vincetur“ ist Ulpians eigene Ueberzeugung.[57]) Weit davon entfernt, eine fremde Ansicht zu bekämpfen, vertritt er selbst einen zweifachen Satz:

1) daß der frühere Besitzer gegenüber demjenigen, der vitio von ihm besitzt, im Uti possidetis siege;[58])
2) daß unter Umständen zwischen zwei einander gegenüber fehlerfrei Besitzenden das Uti possidetis erfolglos bleibe.

Und auf diese letztere Bemerkung kommt es in unserm Zusammenhange an.

Die eigentliche Schwierigkeit liegt nur darin, den von Ulpian gemeinten Thatbestand festzustellen.

vielmehr ziemlich geradezu gegen ihre natürliche Auffassung, und jedenfalls unter Verkennung des Wesens der Duplicität, annimmt, Ulpian setze nur den Fall voraus, wenn der iniustus, nicht wenn der iustus possessor das Interdict gebrauchen wolle, kann hier auf sich beruhen. S. dawider Witte Interdictum Uti possidetis S. 70.

56) Witte a. a. O. S. 70 f. Eck doppelseitige Klagen S. 51.

57) So richtig Bekker das Recht des Besitzes bei den Römern S. 110. Zweifelnd Kniep vacua possessio Bd. 1 S. 183 f. Pininski der Thatbestand des Sachbesitzerwerb Bd. 1 S. 225 zu N. 1. Bd. 2 S. 273 N. 1 der S. 272 a. E.

58) Rudorff Zusatz Nr. 137 zu v. Savignys Besitz S. 697 ff.

Wir haben bereits bemerkt,[59]) daß es sich nur um ein solches Besitzverhältniß handeln kann, welches in einzelnen Verfügungsacten besteht, daß wir also als Gegenstand des Besitzes ein unbewohntes Grundstück voraussetzen müssen.

Wer an einem derartigen Grundstücke vi, clam oder precario Verfügungsacte vornimmt (A), erlangt dadurch zwar Dritten gegenüber den Anspruch auf Schutz im Besitze, dem bisherigen Besitzer (C) aber muß er im Besitzstreite unterliegen. Wie aber steht er gegenüber demjenigen (B), welcher vom bisherigen Besitzer (C) zu Besitzhandlungen ermächtigt worden ist, m. a. W. traditione, also iuste, Besitz ergriffen hat, nachdem der Andere (A) vi, clam oder precario bereits Besitzer geworden war? Letztern (A) auch jenem (B) unterliegen zu lassen, ist gewiß nicht gerechtfertigt: jenem (B) gegenüber besitzt dieser (A) sine vitio. Aber umgekehrt liegt auch kein Grund vor, weshalb jener (B) diesem (A) unterliegen müßte: besitzt jener doch auch diesem gegenüber unzweifelhaft sine vitio, wenigstens dann, wenn er von dessen Besitzerwerbe im Augenblicke seiner eignen Besitzergreifung nichts wußte. Hier also wird keine Partei von der andern besiegt werden, sofern sie aus ihrem eignen Besitze Schutz beansprucht:[60]) neuter nostrum vincetur.

Nicht dasselbe dürfte für den Fall anzunehmen sein, wenn auch die zweite Partei (B) gegenüber dem frühern Besitzer (C) vitiöse Besitzhandlungen vorgenommen hat, nachdem dergleichen schon seitens der ersten Partei (A) geschehen

59) S. 184. Eben dies hat nicht beachtet Bekker a. a. O. S. 110; deshalb hat er sich das Verhältniß nicht zurecht legen können.

60) Eine andere Frage ist es, ob nicht diejenige Partei, welche vom bisherigen Besitzer zu ihren Besitzhandlungen ermächtigt worden war, kraft des von diesem ihr cedirten Interdictes im Besitzstreite siegen müsse.

war. Denn wenngleich die letztere (A) im Uti possidetis dem bisherigen Besitzer (C) unterlegen sein würde, so besitzt sie doch nicht nur der andern Partei (B) gegenüber sine vitio, sondern auch umgekehrt ihr (A) gegenüber diese (B) iniuste. [61])

Deshalb mußte Ulpian die Erörterung der von ihm anerkannten relativen possessio plurium in solidum quoad interdicta [62]) auf den Fall der Concurrenz von iusta und iniusta possessio beschränken; und damit erklärt sich jenes,

61) Das Ergebniß hinsichtlich der possessio plurium in solidum würde also folgendes sein.

a) Im natürlichen Sinne, d. h. als thatsächliche Innehabung, ist die possessio plurium in solidum nothwendig ausgeschlossen, weil unmöglich.

b) Im rechtlichen Sinne dagegen, d. h. sofern es auf Rechtswirkungen eines verlorenen oder eines gegenwärtigen Besitzes ankommt, läßt sich von einer possessio plurium in solidum in dreierlei Hinsicht reden:

1) In gewissen Fällen setzt jemand eine begonnene Usucapion fort, obwohl ein Andrer die interdicta retinendae possessionis hat;

2) dem thatsächlich besitzenden iniustus possessor gegenüber wird derjenige, von dem er vitio besitzt, mit diesen Interdicten geschützt, während jener dieselben gegen jeden Dritten erfolgreich gebrauchen kann;

3) wer durch einzelne Verfügungsacte vitio den Besitz eines unbewohnten Grundstücks erworben hat, wird Dritten gegenüber mit jenen Interdicten geschützt, nur nicht gegenüber demjenigen, von dem er iniuste besitzt, sowie gegenüber demjenigen, der von diesem traditione den Besitz erworben hat; der Letztere aber hat seinerseits jene Interdicte zwar gegen alle Dritte, nur nicht gegenüber demjenigen, welcher von seinem Tradenten iniuste besitzt.

62) Vielleicht war es eben dies, was Julian in l. 19 pr. D. de prec. 43, 26 sagen wollte. Vgl. oben N. 48.

nicht hypothetische, sondern restringirende,[63]) „si quis proponeret possessionem iustam et iniustam.“ [63a])

Wie gestaltet sich nun in unserm Falle der Verlauf des agere ex interdicto im einzelnen?

Jede Partei weiset Verfügungsacte nach, welche, der andern gegenüber fehlerfrei, sie selbst als Besitzer im Augenblicke des interdictum redditum erscheinen lassen. Jede

63) Also si = insofern.

63a) Anders denkt sich den Fall der l. 3 pr. cit. v. Scheurl zur Lehre vom römischen Besitzrecht (in: Weitere Beiträge zur Bearbeitung des Röm. Rechts. Hft. 2) S. 45 f. Danach hat in Abwesenheit des iustus possessor A B heimlich das von jenem ohne Besitzvermittler besessene Grundstück in Besitz genommen, dann setzt sich C mit Verheimlichung seiner Besitzergreifung vor B oder durch Dejection des B in den Besitz des Grundstücks, ohne daß A bis jetzt von der Besitzergreifung des B oder des C etwas erfahren hat, so daß er also noch als juristischer Besitzer des Grundstücks gelten muß. Nachdem er erfährt, daß C im Besitze desselben ist, läßt er es nicht darauf ankommen, ob C sich seiner Rückkehr auf das Grundstück mit Gewalt widersetzen werde, giebt aber auch seinen Besitzwillen nicht auf, sondern geht den Prätor um Erlassung des Uti possidetis zwischen ihm und C an. Hier, meint nun v. Scheurl, werde sich im iudicium ergeben, daß beide als juristische Besitzer anzuerkennen sind, und daß auch C nicht von A den Besitz clam oder vi an sich gebracht habe, weil er ihn ja weder mittels einer vis atrox gegen A, noch mit Verheimlichung vor diesem an sich gebracht habe. Mir scheint der Irrthum v. Scheurls darin zu liegen, daß er A noch für den juristischen Besitzer hält: sobald A Kunde vom Besitzerwerbe des C erlangt hat, muß er versuchen, sich im Besitze zu behaupten, sonst verliert er den Besitz animo; wird jedoch sein Versuch von C zurückgewiesen, so besitzt dieser nunmehr von ihm vi. S. Bruns Besitzklagen S. 144 ff. S. 158 f.

Partei muß demnach, gerade umgekehrt wie in dem unter 1) besprochenen Falle, wo keine Partei diesen Beweis erbringt, die Klage aus der Sponsion des Gegners gewinnen, dagegen die Klage aus ihrer eignen Restipulation verlieren.

Hinsichtlich der Nachklagen werden wir einfach das zu jenem ersten Falle Bemerkte wiederholen dürfen: die fructuaria stipulatio verfällt nicht; der minus licitans kann weder im Cascellianum, noch im fructuarium iudicium siegen; der plus licitans behält also den Besitz.[63b])

97. Die interdicta secundaria beim Uti possidetis sind, wie wir gesehen haben, in jedem Falle begründet, in welchem die eine oder die andre Partei diejenige Handlung unterläßt, welche nach der Lage des Processes zwecks der Fortsetzung desselben als eines interdictum duplex von ihr vorzunehmen ist.

Die letzten in der Reihenfolge dieser Handlungen sind die Mitwirkung zu den Sponsionen, bei der einen in der Rolle des Stipulators, bei der andern in derjenigen des Promissors, sowie die Mitwirkung zu den entsprechenden Restipulationen je in der umgekehrten Rolle; dann die Erhebung der Klage aus denjenigen dieser vier Stipulationen, in welchen die betreffende Partei Stipulator ist (eine Thätigkeit, die Gaius IV, 170 deshalb unerwähnt lassen durfte, weil sie wohl kaum unterblieben sein wird, wenn die Stipulationen selbst abgeschlossen waren); und endlich die Einlassung auf die beiden Klagen aus denjenigen dieser Stipulationen, in welchen die betreffende Partei Promissor ist. Alle eben genannten Handlungen sind, wie wir gesehen haben,[64]) in demjenigen Termine des rerum actus vorzunehmen, in welchem der bis dahin als iudicium duplex

63b) So auch v. Scheurl a. a. O. S. 46.
64) S. oben §. 1838a Ziffer 90 S. 112 ff.

instruirte Proceß über das Interdict zur Auslosung gelangt. Unterbleibt eine von ihnen, so kann also das Verfahren in dieser Weise nicht weiter laufen: die Gegenpartei darf dafür das nach der Sachlage geeignete interdictum secundarium impetriren. Dies gilt hinsichtlich der erforderlichen Defensionshandlungen namentlich auch, sofern sie wegen Abwesenheit des Gegners unterbleiben.[65]) Demgemäß findet hier die bei den interdicta simplicia gesetzte Folge der mangelnden defensio, nämlich die missio in bona cum venditionis effectu,[66]) nicht statt. Dagegen steht das Dasein der interdicta secundaria der Annahme schwerlich im Wege, daß auch bei den interdicta duplicia jede Partei in ihrer Beklagtenrolle der andern ihr Erscheinen durch vadimonium zusichern mußte und das geleistete vadimonium im Falle ihres Ausbleibens verwirkte. Soweit nicht etwa das gegen den Ausbleibenden statthafte secundarium dem Gegner Ersatz für den durch das Ausbleiben ihm erwachsenen Nachtheil gewährte, also z. B. hinsichtlich der durch das eigene Erscheinen im Termine verursachten Kosten, war es selbstverständliches Gebot der Gerechtigkeit, diesen Nachtheil mittels des vadimonium auszugleichen.

Zu den cetera ex interdicto Uti possidetis, deren Unterbleiben das secundarium begründet, gehört übrigens nicht die Anstellung der iudicia secutoria einerseits, die

65) Auch die Einlassung als solche (iudicium accipere i. d. S.) kann im Formularverfahren nicht blos vereitelt werden durch Abwesenheit des Beklagten in dem Litiscontestationstermine, vielmehr nicht minder durch dessen Weigerung, sich der vom Kläger ihm edirten formula zu unterwerfen. S. Wlassak die Litiscontestation im Formularprozeß. Leipzig 1889. unter IV. S. 23—42.

66) S. oben §. 1838a Ziffer 90 S. 117 zu N. 50. §. 1838b Ziffer 91 S. 124 zu N. 8.

Einlassung auf dieselben anderseits: in Beziehung auf die Nachklagen ist eben das Verfahren nicht mehr ein iudicium duplex. Hätte also der minus licitans es unterlassen, zugleich mit den Sponsionsklagen eventuell die Nachklagen zu erheben, so würde das dem weitern Verlaufe des Processes als eines duplex keinen Abbruch gethan haben. Der siegreiche minus licitans aber würde, sofern er nur die exceptio litis residuae vermied,[67]) die Nachklagen demnächst gesondert haben anstellen dürfen. Umgekehrt wird es kaum vorgekommen sein, daß der plus licitans, welcher den cetera ex interdicto genügte, der Einlassung auf die Nachklagen sich entzogen hätte: zwecks der Einlassung auf die Sponsionsklagen mußte er in dem zu der Litiscontestation daraus stattfindenden Termine des rerum actus anwesend sein; wenn nun die Nachklagen in eventueller Cumulation mit jenen erhoben wurden, so erfolgte, da ein Grund, ihre Annahme zu weigern, schwer erfindlich ist, so gut wie nothwendig auch das accipere iudicia für beide zugleich.

Ist diejenige Partei, welche cetera ex interdicto facere non vult, in iure anwesend, so kann die andere nunmehr sofort das geeignete secundarium impetriren.[67a]) Dies gilt, wie wir gesehen haben,[67b]) namentlich auch dann, wenn die eine Partei unmittelbar nach Erlaß des primarium erklärt, sie werde die cetera nicht vornehmen: hier ergehen also primarium und secundarium in dem nämlichen Termine. Ist jene abwesend, so bedarf es zwecks der

67) Die Thatsache, daß im Augenblicke der Litiscontestation aus den Sponsionsklagen die mit den Nachklagen verfolgten Ansprüche sachlich noch bedingt waren, stand dieser exceptio schwerlich entgegen.

67a) Vorausgesetzt selbstverständlich, daß der Termin ein solcher ist, in welchem der Prätor überhaupt Interdicte ertheilt. S. oben §. 1838 Ziffer 82 S. 3.

67b) S. oben §. 1836c Ziffer 56 Thl. 1 S. 320.

impetratio interdicti selbstverständlich erst einer neuen in ius vocatio.

Aber selbst dann, wenn hiernach der Erlaß des secundarium in dem Termine des rerum actus stattfindet, in welchem die Sponsionen aus dem interdictum duplex und die Litiscontestation in den Klagen aus diesen Sponsionen und aus den iudicia secutoria hatten vorgenommen werden sollen, kann doch niemals in ebendemselben Termine über das interdictum secundarium ein Schwurgericht als iudicium ordinarium eingesetzt werden. Ist das erlassene secundarium das prohibitorische, so versteht sich dies ohne weiteres: ein agere aus solchem Interdict erheischt ja eine vis adversus edictum facta, welche zur Zeit noch nicht vorliegen kann. Ist aber das erlassene secundarium das restitutorische, so hat zwar der Impetrat die Befugniß, sofort einen arbiter zu erbitten; allein selbst wenn dieser aus der Zahl der iudices legitimi entnommen wird, so geschieht dies doch nicht, wie bei den iudicia ordinaria, mit rechtlicher Nothwendigkeit, sondern nur entweder kraft Uebereinkunft der Parteien, oder in Ermangelung solcher Uebereinkunft nach Ermessen des Prätors.[68]) Unterläßt es jedoch der Impetrat, in demselben Termine, in welchem das secundarium erlassen worden ist, einen arbiter zu erbitten, so kann das nunmehr nothwendige Verfahren per sponsionem erst im nächsten rerum actus eintreten; für den gegenwärtigen ist es nicht angemeldet.

Die Wirkung des secundarium ist, wie wir schon gesehen haben,[69]) völlig unabhängig davon, ob der Impetrat im ordentlich durchgeführten primarium besiegt worden sein, oder umgekehrt gesiegt haben würde: sofern er die cetera ex interdicto unterläßt, verliert er damit unwiderbringlich

68) S. unten §. 1838d Ziffer 99 zu Anf.
69) S. oben §. 1836c Ziffer 54 Thl. 1 S. 297.

die Befugniß, diejenigen Thatsachen geltend zu machen, welche ihm im primarium zum Siege hätten verhelfen können, — beim Uti possidetis also namentlich die Geltendmachung des eignen fehlerfreien Besitzes, sowie diejenige der Fehlerhaftigkeit des gegnerischen Besitzes.

Wo der Besitz des Impetranten die Folge des Umstandes ist, daß er bei der fructus licitatio das Höchstgebot behalten hat, da liegt abermals [70]) ein Fall vor, worin sich der grundsätzlich nur für die Dauer des Processes aus dem interdictum duplex bestimmte, insofern interimistische, Besitz des plus licitans in einen dauernden verwandelt, welcher mittels eines interdictum sei es retinendae sei es recuperandae [70a]) possessionis vom minus licitans nicht mehr angefochten werden kann.

Uebrigens läßt die äußerst lückenhafte Ueberlieferung von Gai. IV, 170 i. f. (Cod. Ver. p. 246 v. 10 sqq.) ziemlich sicher erkennen, daß in Beziehung auf das interdictum secundarium bei den älteren Römern eine Meinungsverschiedenheit bestand, welche anscheinend wider die von Sabinus und Cassius getheilte Meinung entschieden wurde. [71]) Worauf jedoch dieselbe sich bezog, dafür fehlt uns jeder Anhaltspunct. [71a])

Es unterliegt wohl einem begründeten Zweifel nicht,

70) Vgl. oben Ziffer 95 a. E. S. 177, Ziffer 96 S. 182 f. und S. 196.

70a) Denn durch Unterlassen der cetera hat der minus licitans auch die Befugniß eingebüßt, die Fehlerhaftigkeit des gegnerischen Besitzes geltend zu machen.

71) Es heißt a. a. O. v. 10: per interdictum secundarium — v. 13: — secundarium — v. 14: — quamvis hanc opinion*em* — v. 15: *Sabi*nus et Cassius secuti fuerint.

71a) Mit Recht bemerkt die Ausgabe von Krüger und Studemund zu dieser Stelle (Cod. Veron. p. 246 v. 6—24): — ars nesciendi exercenda est.

daß gemäß allgemeinen Grundsätzen [71b]) wegen des sachlichen Anspruchs aus dem secundarium neben der actio ex sponsione daraus ein iudicium secutorium ertheilt wurde; [71c]) und nach Ertheilung des secundarium restitutorium der Impetrat eine formula arbitraria verlangen konnte. [71d])

Sofern übrigens die nach Lenels Restitution des Edictes in l. 1 pr. i. f. D. uti poss. 43, 17 [71e]) vorgeschriebene Verjährung der Sponsion auch von der Sponsion aus dem interdictum secundarium zu verstehen sein, oder, wohl richtiger: auch diese Sponsion der Verjährung unterlegen haben sollte, leuchtet unmittelbar ein, daß der Lauf derselben von einem ganz verschiedenen Augenblicke beginnt, je nachdem das secundarium als restitutorium oder als prohibitorium zur Anwendung kommt. Beim restitutorium, welches ja den thatsächlichen Besitz des Impetraten voraussetzt, ist der Anlaß zur Provocation auf die Sponsion sofort gegeben: der Anspruch darauf beginnt also gleich ex interdicto reddito zu verjähren, sobald primum experiundi potestas est. Die Sponsion dagegen aus dem secundarium prohibitorium ist erst dann zulässig, wenn der Impetrant eine vis adversus edictum facta zu behaupten vermag: erst von einer solchen vis an kann mithin, experiundi potestas vorausgesetzt, die Verjährung beginnen.

Die Wirkung der Verjährung der Sponsion ex secundario restitutorio besteht darin, daß der Impetrant nunmehr Besitzansprüche wider den Gegner nicht mehr geltend machen kann, dieser also auch ihm gegenüber als iustus possessor gelten muß. Die Verjährung der Spon-

71b) S. oben §. 1838b Ziffer 92.

71c) Meischeider Besitz und Besitzschutz S. 445. Kappeyne Abhandlungen S. 177.

71d) S. oben §. 1838b Ziffer 93 zu N. 48 S. 146.

71e) S. oben §. 1837b Ziffer 77 Thl. 1 S. 497.

sion ex secundario prohibitorio nimmt dem Impetranten an sich nur die Befugniß, die einzelne stattgehabte Störung, deren wegen er auf die Sponsion hätte provociren können, zu verfolgen. Ist er also ungeachtet dieser Störung im Besitze geblieben, so ist es ihm unbenommen, wegen jeder spätern, auch ganz gleichartigen, Störung auf eine Sponsion zu dringen. Hat dagegen die verjährte Störung ihm den Besitz entzogen, so ist er jetzt nicht mehr imstande, seines frühern Besitzes halber überhaupt Ansprüche zu erheben; es würde ja auch das interdictum Unde vi verjährt, und höchstens eine actio in factum wegen der Bereicherung des Gegners zulässig sein.

98. Ueber das Verfahren bei den andern interdicta duplicia besitzen wir Nachrichten nicht.

Daß hinter jedem interdictum duplex für den Fall ein secundarium stand, wenn eine Partei die cetera ex interdicto unterließ, haben wir schon früher ausgeführt. [72]) Fraglich bleibt nur, ob zu diesen cetera bei allen interdicta duplicia die fructus licitatio gehörte.

Nach l. 1 §. 2 i. f. D. de superf. 43, 18 [73]) ist dies für das interdictum de superficiebus sehr wahrscheinlich. [74])

Auch bei dem interdictum Uti possidetis utile für die quasi-possessio des Nießbrauchs und des Usus dürfte der Annahme des gleichen Verfahrens ein Ausschlag gebendes Bedenken nicht entgegenstehen. Zwar hatten es die Alten

72) S. oben §. 1836b Ziffer 53 a. E. Thl. 1 S. 294 f. und §. 1836c Ziffer 54 Thl. 1 S. 295 f.

73) Ulp. lib. 70. ad ed.: — omnia quoque, quae in Uti possidetis interdicto servantur, hic quoque servabuntur.

74) Rudorff in Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft Bd. 11 S. 354.

nicht elegant gefunden, von ususfructus fructus zu reden; allein auf die Auctorität des Proculus hin hatte man doch bei der petitio ususfructus eine Verurtheilung des possessor hinsichtlich der Früchte eintreten lassen. [75]) Somit scheint auch eine fructus licitatio durchaus zulässig.

Weshalb sollte sie bei dem interdictum duplex de aqua undenkbar sein? oder erscheint sie nicht gerade hier als ein ganz besonders geeignetes Mittel, das für die Proceßdauer unentbehrliche Interimisticum herzustellen?

Bezüglich des Utrubi endlich ist die Möglichkeit gar nicht zu bezweifeln. Auch fällt ihr gegenüber die Erwägung kaum ins Gewicht, daß der Besitz beweglicher Sachen, abgesehen von Sclaven und etwa von Hausthieren und gezähmten wilden Thieren, eine dauernde custodia voraussetzt, und es deshalb vielleicht geeigneter habe erscheinen mögen, derjenigen Partei den interimistischen Besitz zu gewähren, welche für den Augenblick des interdictum redditum diese custodia nachwies. [76]) Denn auch der Besitz von Grundstücken besteht nicht selten in einem dauernden Verhältnisse; und doch wird deswegen kein Unterschied beobachtet: beim Uti possidetis findet auch in solchem Falle die fructus licitatio statt. [77])

Erscheint diese hiernach bei allen interdicta duplicia möglich, so dürfen wir gleichwohl nicht vergessen, daß da-

75) L. 19 pr. D. de usur. 22, 1 (Gai. lib. 6. ad legem XII tab.): Videamus, an in omnibus rebus petitis in fructus quoque condemnatur possessor. quid enim si — usum fructum — petierit? — neque usus fructus rursus fructus eleganter computabitur. — si usus fructus petitus sit, Proculus ait in fructus perceptos condemnari. Rudorff a. a. O.

76) So z. B. Witte Interdictum Uti possidetis S. 54 f.

77) Ueber den muthmaßlichen Zeitpunct der fructus licitatio s. oben §. 1836a Ziffer 45 a. E. Thl. 1 S. 268 zu N. 65.

mit der Beweis für dieselbe noch keinesweges erbracht ist, sondern höchstens eine mehr oder minder große Wahrscheinlichkeit. [78])

§. 1838 d.

2) Die arbitraria formula. [1])

99. Nach den bereits oben mitgetheilten Berichten bei Gai. IV, 141. 162 sqq. und Ulp. fragm. Vindob. V (Kr.) [2]) gab es bei den gebietenden Interdicten einen Weg, das gefährliche Sponsionsverfahren zu vermeiden. Derselbe bestand darin, daß in dem nämlichen Termine, in welchem das Interdict erlassen worden war, der Impetrat einen arbiter erbat. Dieser wurde dann ohne Zweifel sofort bestellt, und zwar wo erreichbar gemäß der Uebereinkunft der Parteien, in Ermangelung solcher durch den Prätor. [3]) Im Gegensatze also zu dem Verfahren per sponsionem, welches, wie wir gesehen haben, nothwendig an den rerum actus gebunden war, [4]) fand das Verfahren per formulam arbitrariam, weil nicht vor einen iudex aus

78) So meint in der That Keller Zeitschr. für geschichtliche Rechtswissenschaft Bd. 11 S. 319 gerade umgekehrt, die fructus licitatio scheine weder bei dem Utrubi noch in denjenigen Fällen des Uti possidetis geübt worden zu sein, in welchen es sich nicht um Sachbesitz, sondern um Rechtsbesitz handelte.

1) Schmidt a. a. O. S. 262—270.

2) S. oben S. 86 f.

3) S. O. E. Hartmann röm. Gerichtsverfassung S. 270 ff. Vgl. l. 21 pr. D. quod vi 43, 24: — a iudice, qui ex hoc interdicto sumptus esset. S. oben §. 1838b Ziffer 93 N. 31 a. E. S. 136.

4) S. oben §. 1838a Ziffer 90 S. 112 f. zu N. 46. §. 1838b Ziffer 91 S. 126 zu N. 12 ff.

dem album iudicum selectorum gehörig, auch unabhängig vom rerum actus, extra ordinem i. d. S., statt.[4a])

Eben die hiermit gegebene Beschleunigung der Entscheidung dürfte nun auch den Grund dafür enthalten, daß der Impetrat, welcher diesen Weg wählte, im Falle der Verurtheilung ohne eine Proceßbuße, sine poena, davon kam. Umgekehrt nämlich findet unter diesem Gesichtspuncte die Proceßbuße der sponsio eine besser befriedigende Erklärung, als ihr vor der Beachtung des Gegensatzes zwischen den iudicia ordinaria einerseits und den iudicia extraordinaria anderseits hat zutheil werden können. Denn sicherlich ist es ein völlig unzureichender Nothbehelf, wenn v. Keller[5]) jene Buße als gerechte Strafe für den absichtlichen Trotz oder die tadelnswerthe Gleichgültigkeit des Impetraten gegen den Befehl des Magistrates betrachtet.[6]) Vor Aufstellung der formula arbitraria konnte der durch

4a) So schon Rudorff Rechtsgeschichte Bd. 2 S. 10 N. 26, der es jedoch unterlassen hat, daraus weitere Schlüsse zu ziehen.

5) Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft Bd. 11 S. 309 ff. röm. Civilproceß § 76 zu N. 878 6. Ausg. S. 382.

6) S. unten Ziffer 100 nach N. 19. — Vgl. Schmidt a. a. O. S. 265 f., welcher mit Recht diese Erklärung verwirft, aber offen bekennt, keine bessere an ihre Stelle setzen zu können. Sein, von ihm selbst übrigens als ungenügend anerkannter, Versuch, die Gefahrlosigkeit des Verfahrens per formulam arbitrariam darauf zurückzuführen, daß in der Erbittung dieser Formel ein Schuldbekenntniß liege (Gai. IV, 170 i. f.), würde ganz abgesehen davon, daß jedenfalls die herrschende Ansicht der Römer eine confessio hierin nicht erblickte, schon an der Bemerkung scheitern, welche wir oben §. 1838 Ziffer 84 S. 25 f. gegen Demelius gemacht haben. Vgl. auch Schmidt a. a. O. S. 319.

das Interdict Verpflichtete die poena sponsionis nur mittels Befriedigung des Impetranten vermeiden;[6a]) hätte man es gleichwohl Trotz oder Gleichgültigkeit gegen den Befehl des Magistrates nennen dürfen, wenn ein Impetrat in der, sachlich freilich irrigen, subjectiv aber vielleicht wohl begründeten, etwa durch sachverständigen Rath bestärkten, Ueberzeugung seines guten Rechtes sich dazu nicht entschließen mochte? — Obendrein würde es schwer verständlich sein, aus welchem Grunde diese Strafe nicht der Staatscasse zufiel,[6b]) sondern dem Gegner. Und vollends ließe sich nicht begreifen, weshalb der unterliegende Impetrant die gleiche Buße zu erlegen hatte: er war doch gegen einen magistratischen Befehl weder trotzig noch gleichgültig gewesen.

In der That beruht die poena sponsionis auf einem Gedanken, welcher dem Wesen des ordo iudiciorum durchaus angemessen ist.

Die durch den Ordo bedingte Verschiebung der Aburtheilung eines Rechtsstreites nämlich enthielt für den berechtigten Kläger eine unverkennbare Härte. Das ausgebildete Recht glich diese allerdings bei vielen Klagen dadurch aus, daß es bei Verzug des Beklagten oder bei dessen Kenntniß von der Klagerhebung die Verpflichtung desselben kraft richterlichen Ermessens steigerte. Im ältern Rechte jedoch war die Möglichkeit hierzu überhaupt nicht vorhanden, und auch später immerhin nicht in allen Fällen. Hier erschien es durchaus zweckmäßig, den Beklagten mittels des Proceßmechanismus dafür büßen zu lassen, daß er durch

6a) Vgl. unten Ziffer 101.

6b) Wie die von Huschke für das ursprüngliche Interdictenverfahren angenommene Mult. Gerade von dieser Annahme aus ist die poena sponsionis doppelt unerklärlich, wie Rudorff Rechtsgeschichte Bd. 2 S. 180 zu N. 27 auch zu fühlen scheint. Vgl. auch unten N. 7.

seinen unbegründeten Widerspruch die Befriedigung des Klägers so empfindlich hinausgezogen hatte, indem er entweder überhaupt widersprach oder nicht wenigstens da, wo dies anging, eine rasche Entscheidung durch Vereinbarung über einen Vertrauensmann herbeiführte, welchen der Magistrat sofort als iudex addicirte. Diesem Gedanken ist eine Anzahl eigenthümlicher Einrichtungen des altrömischen Processes entsprungen, so namentlich die poena sacramenti, [7])

7) Auf den ersten Blick möchte es scheinen, als ob sich gegen diese Behauptung derselbe Grund, welcher oben im Texte nach N. 6 gegen den Charakter der poena sponsionis als einer Ungehorsamsstrafe daraus hergeleitet worden ist, daß jene Strafe dem Gegner verfällt, in umgekehrter Richtung geltend machen ließe: wäre das sacramentum eine Buße für die verzögerte Befriedigung des Klägers gewesen, so habe sie nicht dem Aerar, sondern dem Gegner verfallen müssen. Allein es leuchtet ein, daß die durch die Gefahr des sacramentum gegebene Nöthigung zu rascher Befriedigung des Klägers diesem auch dann zugute kommt, wenn die Buße in die Staatscasse fließt, während für den durch Ungehorsam verletzten Magistrat oder Staat keine Genugthuung darin liegt, daß eine auf diesen Ungehorsam gesetzte Buße einem Privaten zufällt.

Nach Hartmanns Vermuthung bezeichnet die Hervorhebung der Proceßbuße (eaque actio proinde periculosa erat) für die sacramenti actio als die generalis, d. h. die allgemein anwendbare und darum an den rerum actus gebundene, actio bei Gai. IV, 13 den Gegensatz zu der, von den arbitria i. d. S. (Gerichtsverfassung S. 268 ff.) abgesehen, nur nach Uebereinkunft der Parteien anwendbaren, jederzeit statthaften legis actio per iudicis postulationem, welche eben sine poena verlief, weil sie jenen lästigen Aufschub nicht mit sich brachte.

Bemerkt sei noch, daß die rei vindicatio per sponsionem mere praeiudicialem, obwohl an den rerum actus

die sponsio tertiae partis bei der condictio certae pecuniae creditae, [7a]) die poena dupli bei der legis actio per manus iniectionem und bei der actio iudicati.

gebunden, dem Grundsatze des Textes nicht entgegensteht: der siegreiche Vindicant erhält hier Genugthuung für die erlittene Verzögerung mittels der cautio pro praede litis et vindiciarum; diese geht auf Erstattung des duplum der Früchte.

7a) Der im Texte angeführte Grund macht es angesichts der l. 38 §. 7 D. de usur. 22, 1 und namentlich der l. 31 pr. D. de R. Cr. 12, 1, wonach bei der condictio certae rei erst vom Augenblicke der Litiscontestation Früchte und sonstiger Zuwachs gewährt werden, nicht unwahrscheinlich, daß die sponsio tertiae partis auch bei ihr stattfand, nicht blos bei der condictio certae pecuniae numeratae, daß diese sponsio also vermuthlich wie durch die lex Silia, so auch durch die lex Calpurnia für die legis actio per condictionem eingeführt worden ist. Certa pecunia credita bei Gai. IV, 13 und 171 ist demnach gemäß l. 178 pr. l. 222 D. de V. S. 50, 16. l. 2 §. 1d Cod. de const. pec. 4, 18. Gai. III, 124 von allen denkbaren genau bestimmten Vermögensstücken zu verstehen. Kappeyne Abhandlungen S. 276 ff. Nur möchte ich nicht mit ihm dies darauf stützen, daß die condictio diejenige legis actio sei, bei welcher „die sponsio an die Stelle des sacramentum trat.“ Dies scheint mir vielmehr eine petitio principii, die obendrein durch Gai. IV, 18 insofern widerlegt wird, als dort der für die legis actio per condictionem den Namen gebende, somit ohne Zweifel wenigstens in erster Linie wesentliche, Umstand, in dem condicere, ut ad iudicem capiendum die trigesima adsit adversarius, gefunden wird. Damit ist sicherlich, ganz entsprechend der Bezeichnung legis actio per iudicis arbitrive postulationem, auf eine eigenthümliche, von der Bestellungsart der legis actio sacramenti abweichende, Bestellungsart des iudex hingewiesen. Dieselbe bestand nach O. E. Hartmanns

Umgekehrt kann es von dieser Auffassung aus nicht befremden, daß der Kläger, welcher den Gegner der Gefahr einer Proceßbuße aussetzt, da, wo der Proceßmechanismus

Ansicht darin, daß der Kläger den iudex vorschlug, und zwar aus dem album iudicum selectorum, der Gegner aber den Vorgeschlagenen annehmen mußte, wenn er ihn nicht als parteiisch eidlich ablehnen wollte. Das Vorschlagsrecht des Klägers ergiebt sich aus Cic. pro Rosc. Com. 4, 12: Eundemne tu arbitrum et iudicem sumebas — vom Piso, der in der verhandelten Sache jetzt über eine sponsio urtheilte. Die Beschränkung des Vorschlags auf das album iudicum, die zum rerum actus versammelten Richter, folgt aus dem Wesen der condictio als einer actio ordinaria. O. E. Hartmann röm. Gerichtsverfassung S. 460 f. Das Ablehnungsrecht versteht sich ebenso von selbst, wie eine Schranke für dasselbe; dafür, daß diese im iniquum eiurare liegt, zeugt Cic. de Orat. II, 70, 285: cum ei (Ti. Graccho) M. Flaccus — P. Mucium iudicem tulisset, Eiero, inquit, iniquus est. de fin. II, 35, 119: erat aequius, Triarium aliquid de nostra dissensione iudicare. Immo, inquit arridens, iniquum, hac quidem de re. Phil. XII, 7, 18: me iniquum eiurabant. Während zur Richterbestellung bei der legis actio sacramento, welche durch Zulosen des Richters geschah, von beiden Parteien mithin die gleiche passive Haltung verlangte, diese gleichmäßig, sei es durch den Magistrat, sei es durch gegenseitige Aufforderung, denuntiatio, veranlaßt wurden, ut die trigesima ad iudicem accipiendum venirent, begreift es sich, daß bei der legis actio per condictionem, bei welcher die Richterbestellung auf alleinigen Vorschlag des Klägers geschah, auch die Aufforderung zum Erscheinen zwecks dieser Bestellung einseitig vom Kläger ausging, und zwar ad iudicem capiendum. Vgl. O. E. Hartmann a. a. O. S. 457 ff. Ubbelohde über das Verhältniß der bonorum venditio zum ordo iudiciorum (in Festgaben der jurist. Facultät zu Marburg für Wetzell) S. 7 f. N. 24.

dies gestattet, für den Fall seines Unterliegens der gleichen Gefahr sich unterwerfen muß.

In diesen Zusammenhang gehört auch unsere poena sponsionis ex interdicto, und zwar so unlösbar, daß sie mit dem Untergange des ordo iudiciorum privatorum, d. h. nach Beseitigung der periodischen Gerichtsversammlung (des rerum actus) und der Verallgemeinerung ständiger Gerichte (iudicia extraordinaria) nothwendig verschwinden, und damit das Institut der Interdicte selbst beseitigt werden mußte. [8])

Hiernach dürfte sich zugleich die Streitfrage erledigen, ob auch der Impetrant befugt gewesen sei, das gefährliche Verfahren per sponsionem durch Erbittung eines arbiter zu umgehen. Es kann nicht zweifelhaft sein, daß die Thätigkeit des Richters bei unserer arbitraria actio durchaus nicht beschränkt blieb auf die Auseinandersetzung der Parteien auf der Grundlage eines feststehenden Rechtsverhältnisses; offenbar war es vielmehr seine erste Aufgabe, gerade die bindende Kraft des Interdictes festzustellen. Der Gegenstand der gebietenden Interdicte gehört mithin nicht in das Gebiet der gesetzlichen arbitria. [9]) Folglich kann es nur als besondere Begünstigung gelten, wenn gleichwohl einer Partei die Befugniß eingeräumt wird, mit Umgehung der iudices legitimi, die Entscheidung durch einen arbiter zu verlangen. Zu einer solchen Begünstigung lag nun gegenüber dem Impetraten ein ausreichender Anlaß vor: er entging damit der unverdienten poena sponsionis. Und anderseits geschah hier durch dem Impetranten nichts weniger als eine Unbill: kam er doch damit um so rascher zu seinem Rechte. Gegenüber dem Impetranten jedoch fand sich ein derartiger Anlaß nicht: er mochte zufrieden sein, wenn ihm auf gewöhnlichem Wege, iure ordinario, Schutz

8) §. 8 J. de interd. 4, 15. S. unten §. 1840 Ziffer 121.
9) Vgl. Hartmann a. a. O. S. 268 ff.

gewährt wurde, — um so mehr, als ihm ja dabei im Falle seines Sieges mittels der summa sponsionis Genugthuung für die Verzögerung der Entscheidung zutheil ward. Hätte auch er die formula arbitraria wählen dürfen, so wäre es wohl kaum anders als Chicane zu nennen gewesen, wenn er im Einzelfalle von jener Befugniß keinen Gebrauch gemacht hätte; die Fortdauer des Verfahrens per sponsionem aus gebietenden Interdicten würde schwer zu begreifen sein.

Noch schwerer fast aber wäre es einzusehen, weshalb da, wo der Impetrant sich für die actio arbitraria entschied, der Erlaß des Interdictes selbst erst noch hätte vorangehen müssen. Warum ihm da nicht lieber von vornherein die Wahl lassen zwischen dieser Klage ohne Interdict und dem Interdicte mit der sponsio? [9a])

Völlig begreiflich dagegen erscheint beides, wenn nur der Impetrat dieses Verfahren auszuschließen vermochte: er

9a) Vgl. Puchta Inst. §. 169 vor N. h. „Wird mit einer Actionsformel angefangen, so ist die conceptio interdicti eigentlich etwas ganz Ueberflüssiges, ein Anfang, zu dem das Ende fehlt. Die Zulassung einer Actio statt der Sponsion nach geschehener Conception des Interdicts war daher etwas Abnormes —. Die Einführung jener formula arbitraria war der erste Schritt zur Aufhebung des Interdictenprocesses.“ Geradezu unverständlich aber ist es mir, wie Puchta selbst auf Grund der ursprünglich mangelhaften Entzifferung von Gai. IV, 163 und gewagter Ergänzungsversuche bemerken mag: „Es gab römische Juristen, welche dem Abkommen des Strafverfahrens bei den restitutorischen und exhibitorischen Interdicten widerstanden, indem sie es wenigstens bei dem unterliegenden Kläger für einen offenbaren Beweis der Calumnia betrachteten, wenn er auf Bestellung eines Arbiter angetragen und dadurch die Strafe zu vermeiden gesucht hatte, aber die Praxis theilte diese Ansicht nicht Gai. IV, 163.“ — S. auch Witte interdictum Uti possidetis S. 3.

wird das eben da unterlassen haben, wo er in der festen Ueberzeugung, infolge des Interdictes nicht verpflichtet zu sein, sich nicht veranlaßt fühlte, eine Gefahr zu vermeiden, die nicht ihn, sondern den Gegner bedrohte.

Mit großem Scharfsinn hat freilich Schmidt[10]) einen, wie es scheint, schlagenden Beweisgrund dafür entwickelt, daß auch der Impetrant einen arbiter habe verlangen dürfen. Die frühere Lesung nämlich von *Gai.* IV, 175 (Cod. Veron. p. 248 v. 19 sqq.) hatte ergeben:

Et quidem calumniae iudicium adversus omnes actiones locum habet, et est decimae partis; adversus interdicta autem quartae partis causae.

„Welchen Fall" fragt Schmidt, hatte das Edict im Auge, als es jenes hohe Maß der Strafe anzuordnen für gut fand? Daß das nicht gerade der Fall sein könne, wo der Beklagte, um die sponsio fern zu halten, sofort auf die arbitraria actio anträgt, wird durch die Existenz der Kontroverse über diesen Punkt[11]) deshalb erwiesen, weil auch die Partei der hier Verneinenden[12]) einen Fall als für das iudicium quartae partis unzweifelhaft bestehend anerkannt haben muß. Das Verfahren per sponsionem bot offenbar für die Einführnng jenes hohen Satzes keine Veranlassung; denn für das Interesse des Beklagten war dabei durch die restipulatio genügend gesorgt. Diese, hier wie sonst den Fall der calumnia einschließend, aber über sie hinausgehend, hat im Gegentheil auch hier das calumniae iudicium ausgeschlossen.[13]) Etwa der müssige Einfall eines Beklagten, eine andere Art der Hülfe als durch die restipulatio haben zu wollen, hatte natürlich auf Be-

10) A. a. O. S. 269 f.
11) Cf. Gai. IV, 170 i. f.
12) Proculus und dessen Anhänger.
13) Gai. IV, 180 sq.

rücksichtigung von Seiten der Gesetzgebung keinen Anspruch. Daher bleibt als einziger Fall, für welchen das calumniae iudicium als zweifellos von den Römern betrachtet worden sein muß: die Bitte des Klägers um die arbitraria actio ohne sponsio. Das ist auch ein völlig angemessenes Resultat, denn durch den genannten Antrag des Klägers wird dem Beklagten die Gelegenheit zur restipulatio entzogen." — „Zugleich erklärt sich dadurch, weshalb Gaius, wie wir gesehen haben, die Sache so darstellt, als ob bei den Decreten dann, wenn der Beklagte um die arbitraria nicht bittet, die Sache immer mit sponsiones behandelt werde. Denn seit dem Bestehen dieses calumniae iudicium wird natürlich der Kläger ein Verfahren, das die Gefahr für beide Theile gleichstellt, einem anderen schlechthin vorgezogen haben, durch welches die Gefahr lediglich auf seine Schultern gelegt wird."

Abgesehen von dem letzten Satze, welcher unter allen Umständen schwerlich als schlüssig anerkannt werden dürfte,[14]) möchte diese Darlegung kaum zu widerlegen sein, wenn nur ihre Grundlage feststände. Dies jedoch ist so wenig der Fall, daß Gai. IV, 175 vielmehr nach Studemund gelesen werden muß:

14) Denn 1) ist das calumniae iudicium nach Gai. IV, 178 nur für denjenigen gefährlich, der mit dem Bewußtsein seines Unrechts klagt; 2) versteht es sich keinesweges von selbst, daß man ein größeres Risico dem einfachen lediglich aus dem Grunde vorzieht, weil das erstere bei günstigem Ausgange den Gegner treffen kann, das andre nicht. Und das Risico der restipulatio hätte, wenn unsre Vermuthung über die Bestimmung der summa sponsionis und restipulationis (oben §. 1838a Ziffer 89 S. 106 richtig ist, für den Kläger nach Schmidts Lesung von Gai. IV, 175 leicht das Vierfache des calumniae iudicium quartae partis erreichen können!

Et quidem calumniae iudicium adversus omnes actiones locum habet, et est decimae partis, *praeterquam quod* adversus adsertorem tertiae partis est —

was seine volle Bestätigung findet in Gai. IV, 163, wo es vom Impetranten hinsichtlich der arbitraria actio heißt:

sed et actor sine poena experitur cum eo, quem neque exhibere neque restituere quicquam oportet, praeterquam si calumniae iudicium ei oppositum fuerit *decimae* partis —,

eine Lesart, welche früher wenigstens ungewiß war.

Somit wird es sein Bewenden behalten müssen bei dem, was Gaius und Ulpian übereinstimmend uns berichten, daß nämlich die arbitraria formula nur dann stattfinde, wenn der Impetrat sie begehrte.[15])

100. Leicht begreift sich, weshalb der Impetrat nicht auch nach Erlaß eines prohibitorischen Interdictes sogleich um einen Arbiter zu bitten in der Lage war. Ein solches Interdict wirkte ja, wie wir wissen, stets erst für die Zukunft, und zwar selbst dann, wenn infolge einer Handlung des Impetraten bereits ein Zustand eingetreten war, dessen Fortdauer als vis adversus edictum facta gelten konnte:[16]) im Augenblicke des interdictum redditum war eine derartige vis als bereits geschehene unmöglich. Der Erfolg einer aus dem Interdict sofort ertheilten Klage hätte deshalb stets Abweisung des Impetranten sein müssen.

15) So richtig Walter Geschichte des röm. Rechts 2. Thl. 3. Aufl. §. 768 S. 414. v. Keller Civilpr. §. 76 6. Ausg. S. 382 zu N. 877a. Huschke Gaius S. 201 f. A. M. Zimmern Geschichte des Röm. Privatrechts Bd. 3 §. 71 S. 221 zu N. 9 f. Puchta Instit. §. 169. v. Savigny Syst. Bd. 5. Beil. XIII Nr. XVIII zu N. c S. 499. Schmidt a. a. O. S. 265 ff. Kuntze Cursus 2. Aufl. §. 222 S. 136 f.

16) S. oben §. 1837 Thl. 1 Ziffer 63 f.

Damit jedoch ist, wie Schmidt[17]) mit Recht bemerkt, die Frage noch nicht beantwortet, weshalb nicht der Impetrat dem Sponsionsverfahren auch dann noch entgehen könne, wenn der Impetrant ihn demnächst wegen einer angeblichen vis adversus edictum facta in Anspruch nimmt.

Schmidt giebt dafür folgende Erklärung:

„Wer ein restitutorisches oder ein exhibitorisches Interdict gegen sich veranlaßt hat, der mag zwar in moralisch zu mißbilligender Art gehandelt haben: wider eine rechtlich verbindliche Vorschrift hat er, weil nicht das Formular im Edict, sondern erst der Ausspruch des Magistrats verbindlich macht, in dem Augenblicke seines Handelns gar nicht verstoßen.“ (N. 2: „Wenn einzelne dieser Interdicte ein unter ein Strafgesetz fallendes Handeln des Beklagten voraussetzen, so ist das eben die zufällige Eigenthümlichkeit einzelner.“) „Daher ist es auch vollkommen angemessen, daß dem Beklagten hier Gelegenheit geboten wird, sich ohne Strafe aus der Sache zu ziehen. Wer dagegen einem prohibitorischen Interdict zuwider handelt, der hat wider einen gültigen Magistratsbefehl mit Bewußtsein verstoßen; seine Handlungsweise trägt den Charakter des Ungehorsams gegen die Obrigkeit. Daß hier die Gelegenheit, der Strafe sich zu entziehen, versagt werde, ist demnach vollkommen in der Ordnung.“ [18])

Dieser Ausführung müssen wir nach beiden Seiten hin widersprechen. Jedenfalls seitdem die Interdicte im Album proponirt waren, banden sie ohne weiteres; daß der Magistrat sie im Einzelfalle noch persönlich auszusprechen hatte, gehört nur zur Form der Rechtsverfolgung aus

17) A. a. O. S. 264.

18) Aehnlich schon v. Keller in Zeitschr. für gesch. Rechtswissensch. Bd. 11 S. 309 ff. Huschke Gaius S. 201. Kuntze a. a. O.

ihnen.[18a]) Somit war der Impetrat schon durch das Vorhandensein der Voraussetzungen eines gebietenden Interdictes zu der, mittels dieses Interdicts verfolgbaren, Restitution oder Exhibition verpflichtet; ja, sofern jene Voraussetzungen in seiner eignen Handlung bestanden, war er zu deren Unterlassung von vornherein gehalten. Beging er trotzdem diese Handlung, und unterließ er jene Restitution oder Exhibition, so verstieß er demnach unleugbar wider eine vom Magistrat, wenn schon nur allgemein, ausgesprochene Vorschrift.[18b]) Aber freilich wäre es eben so irrig, unter allen Umständen in einem solchen Verstoße einen schuldhaften Ungehorsam gegen die Obrigkeit zu erblicken, wie dergleichen in dem Zuwiderhandeln gegen ein erlassenes prohibitorisches Interdict keinesweges selbstverständlich liegt. Oder ist es nicht denkbar, obrigkeitliche Verbote zu verletzen aus ungenügender Beurtheilung ihrer Tragweite, infolge verkehrter Anwendung der in ihnen vorgesehenen Entscheidung auf einen Thatbestand, in irriger Auffassung des Thatbestandes selbst, in falscher Vorstellung über die thatsächlichen Wirkungen eines an sich völlig erlaubten Thuns? Wie läßt sich z. B. gegenüber dem interdictum Ne quid in flumine publico ripave eius fiat, quo aqua aliter fluat, atque uti priore aestate fluxit — von schuldhaftem Ungehorsam reden, wenn ein unter gewöhnlichen Verhältnissen ganz unverfängliches Gebahren am Ufer infolge eines Gewitterregens den Wasserlauf ungebührlich beeinflußt?

Ebenso wenig befriedigt ein älterer Erklärungsversuch Huschkes.[19]) Danach wäre bei prohibitorischen Interdicten

18a) S. unten §. 1839a Ziffer 117.
18b) Vgl. Lenel ed. perp. S. 358.
19) De causa Siliana p. 7 sqq. (Stud. S. 6 ff.) Beistimmend Zimmern a. a. O. S. 221 f. N. 13. Die dort erwähnte Ausführung Haubolds in Zeitschrift für ge-

die Erbittung eines Arbiter deshalb unzulässig gewesen, weil das Zuwiderhandeln gegen ein derartiges Interdict niemals zur Restitution oder Exhibition einer Sache Anlaß geboten, vielmehr nur eine Strafe der Frechheit und des Trotzes habe veranlassen können. [20])

Zunächst ist es schon falsch, daß aus der Verletzung eines prohibitorischen Interdicts niemals ein Anspruch des Impetranten auf Herausgabe einer Sache erwachsen sei: die interdicta de migrando, Salvianum, de loco publico fruendo, Ne vis fiat ei, qui legatorum servandorum causa in possessionem missus est, Ne vis fiat ei, quae ventris nomine in possessionem missa est, und andere, welche verbieten, den Impetranten im Innehaben, Fruchtziehen, Wegnehmen, Wegführen zu hindern, [21]) lehren augenscheinlich das Gegentheil. Von dem letzten der so eben namentlich aufgeführten wird uns sogar ausdrücklich gesagt: hoc interdictum prohibitorium et restitutorium est. [22])

schichtliche Rechtswissensch. Bd. 3 S. 385 ff. und Hefftters Gaii Icti inst. comment. quartus p. LV zu §. 141 i. f., wonach die prohibitorischen Interdicte lediglich auf Strafe gegangen wären, beruht auf offenbaren Mißverständnissen.

20) Daß beim Uti possidetis infolge der fructus licitatio sogar mehrere actiones arbitrariae stattfanden, erkennt Huschke natürlich an a. a. O. N. 11.

21) S. oben §. 1838b Ziffer 93 S. 136 zu N. 34.

22) L. 3 §. 2 D. ne vis fiat ei. 43, 4. s. oben §. 1836a Thl. 1 Ziffer 46 S. 269 f. — Dagegen wird gemäß der Ausführung Lenels ed. perp. §. 73 S. 152, wonach confessoria und negatoria wegen einer Prädialservitut die Restitutionsclausel nicht hatten, auch bei den interdicta de aqua und de itinere privato, soweit dieselben restitutorisch wirken, doch von restituere im Sinne einer arbitraria actio nicht wohl die Rede sein können. Vgl. oben §. 1838b Ziffer 93 S. 137 zu N. 35.

Sodann beschränkt sich die Restitutionsclausel der actiones arbitrariae keinesweges auf die Rückgabe von Sachen, vielmehr umfaßt dieselbe neben anderm, was uns hier nicht berührt, nicht minder die Wiederherstellung thatsächlicher Zustände, wie dies z. B. l. 9 §. 2 D. quod met. 4, 2 (aedificii depositionem, quam quis coactus fecit, ad restitutionem huius edicti porrigendam esse) von der actio quod metus causa zeigt, und wie vollends die aus den restitutorischen Interdicten de via publica, Quod vi aut clam, demolitorium und vielen anderen hervorgehenden arbiträren Klagen bekunden.[23]) Es ist deshalb nicht zu verstehen, weshalb nicht in diesem Sinne auch bei denjenigen Ersatzklagen, welche aus der Verletzung der eine Anlage verbietenden Interdicte erwachsen, von restituere die Rede sein sollte, folglich auch diese Klagen arbitriae sein könnten.[24]) Ja, denkbar wäre immerhin auch bei prohibitorischen Interdicten andern Inhaltes eine dem Einzelfalle angemessene Satisfactionsclausel, welche die Ersatzklage daraus zur arbitraria machte.[25])

Allein sei dem, wie ihm sein möge: der Umstand, welcher bei gebietenden Interdicten dem Impetraten ein Verfahren sine poena verschafft, ist nicht sowohl die Erbittung einer arbitraria actio, also der Klagform, als vielmehr die Erbittung eines arbiter, d. h. eines iudex, der sofort, ohne Verzug bis zum rerum actus, bestellt wird. Der Eintritt eines solchen aber würde dadurch gewiß nicht ausgeschlossen worden sein, daß in manchen oder selbst in

23) S. oben §. 1836a Ziffer 35 Thl. 1 S. 196 f. Vgl. namentlich die dort abgedruckte l. 2 §. 43 D. ne quid in loco publ. 43, 8.

24) Vgl. oben §. 1838b Ziffer 93 S. 136 zu N. 32.

25) S. das. S. 137 f. zu N. 34a ff.

allen Fällen prohibitorischer Interdicte eine formula arbitraria ungeeignet erschienen wäre.[25a])

Das Richtige, allerdings in Verbindung mit Irrigem, scheint mir Puchta[26]) anzudeuten. Er sagt:

„Bei den prohibitorischen Interdicten wollte man die Parteien nicht von der Strafe befreien, die auf dem Verluste des Sponsionenprocesses stand. Eine actio hätte hier, wo die Verhinderung einer Handlung der Zweck der Klage war, auf eine Strafe, oder auf Versprechen einer solchen bei wiederholtem Versuch der Handlung gehen können, also im Grunde auf dasselbe, wie die Sponsion, nur unter Bevorzugung des Klägers, der ungestraft dem Handelnden hätte durch seine Klage beschwerlich fallen können, das fand man nicht gerecht."

Streichen wier hiervon, was sich auf den Impetranten bezieht, welcher nach unsrer Ansicht ja überhaupt die Bestellung eines arbiter nicht beantragen konnte, auf alle Fälle jedoch auch beim Verfahren per formulam arbitrariam dem calumniae iudicium decimae partis ausgesetzt geblieben sein würde, — so werden wir ungefähr zur Wahrheit gelangen.

Der principale Zweck des Erlasses prohibitorischer Interdicte nicht nur, sondern auch das agere aus ihnen war nicht sowohl auf Ersatz einer etwa eingetretenen Beschädigung des Impetranten gerichtet, als vielmehr auf Unterlassung einer Interdictswidrigkeit seitens des Impe-

25a) Wie sich zu dieser frühern Meinung Huschkes dessen spätere Behauptung (Multa S. 77 N. 185) verhält, die arbitraria formula habe ihren Namen von dem arbiter erhalten, während die arbitrariae actiones von dem ihrer Formel hinzugefügten arbitrium iudicis geheißen, muß ich dahingestellt sein lassen. Vgl. oben §. 1838b Ziffer 93 S. 135 N. 30a.

26) Inst. §. 169 nach N. h.

traten. War durch eine solche der Impetrant geschädigt worden, so verstand es sich freilich, mindestens im ausgebildeten römischen Rechte, [27]) daß derselbe hierfür vom Impetraten entschädigt werden mußte. Allein durchaus nicht jede Interdictswidrigkeit erzeugt eine Ersatz erheischende Beschädigung des Impetranten, und folglich einen weitern Anspruch desselben, als denjenigen auf Unterlassung des Verbotenen für die Zukunft: der Ersatzanspruch aus prohibitorischen Interdicten erscheint mithin als etwas mehr oder minder Zufälliges; nothwendig gegeben ist nur der Anspruch auf das Verbot als solches. So wird aus dem Uti possidetis dem plus licitans eine Nachklage auch wegen der post interdictum redditum vom Gegner verübten vis adversus edictum überhaupt nicht gegeben. [27a]) Man denke ferner z. B. an Fälle, wo zuwider dem Interdicte Ne vis fiat ei, qui legatorum servandorum causa in possessionem missus est, durch einfaches Verschließen des Zuganges die Beschlagnahme einer Sache verhindert wird, das Vermächtniß aber noch nicht fällig ist; oder wo zuwider dem Interdicte Ut via publica ire liceat jemand körperlich zurückgehalten worden ist, den öffentlichen Weg zu betreten, welchen er zu einem jedem Vermögensinteresse fremden Zwecke hatte betreten wollen; und dergleichen. Wie hier ein etwa erhobenes iudicium secutorium auch für den in der Sponsion siegreichen Impetranten erfolglos bleiben müßte, so würde die Entscheidung eines Arbiter nichts Weiteres auszusprechen vermögen, als daß eine derartige Hinderung für die Zukunft zu unterbleiben habe. Sie würde m. a. W. nur das, unter der Voraussetzung seines Thatbestandes erlassene, Verbot nunmehr nach Feststellung

27) Vgl. §. 1838b Ziffer 93 vbd. mit §. 1839 Ziffer 113.

27a) S. oben §. 1836a Ziffer 43 zu N. 24a ff. Thl. 1 S. 247.

jenes Thatbestandes voraussetzungslos wiederholen können. Sicherlich aber stände ein so schwächliches Ergebniß in keinem angemessenen Verhältnisse zu der Thatsache, daß der Prätor es für wichtig genug gehalten hatte, jenes Verbot persönlich zu ertheilen, wenngleich ohne das Dasein der Voraussetzungen desselben zu prüfen: für den Fall, daß jene Voraussetzungen wirklich vorlagen, sollte der Impetrant unbedingt gegen ein verbotswidriges Verhalten des Impetraten gesichert sein; und nunmehr erwies sich, daß dieser Erfolg vereitelt war. Die somit bereits eingetretene Kränkung des Impetranten konnte selbstverständlich nicht wieder gut gemacht werden mittels einer noch so strengen Caution des Impetraten wegen künftiger Beachtung des Verbotes; eine Genugthuung für dieselbe erheischte eine, dem Impetranten zukommende, Strafe. Eine solche hätte allerdings auch der Arbiter nach seinem Ermessen zu verhängen vermocht; aber gewiß entsprach es der Sachlage am besten, wenn der Impetrant selbst in der summa sponsionis die zu seiner Befriedigung ausreichende Buße veranschlagte, indem er zugleich durch die restipulatio sich verpflichtete, dem Gegner denselben Betrag zu leisten, falls sein eigner Anspruch sich als unbegründet herausstellen sollte. So beschränkte man sich hier ganz natürlich auf das Verfahren per sponsionem, welches für den Impetraten eine Unbill um so weniger mit sich brachte, als ihm ja im Erlaß des Interdictes eine ernste Warnung zugegangen war. [28])

War dem aber so, dann durfte es füglich auch da nicht anders gehalten werden, wo ein Ersatzanspruch daneben stand. Denn natürlich konnte ein Impetrat, welcher in der Verletzung des Interdictes den Gegner obendrein geschädigt hatte, nicht günstiger gestellt sein, als ein anderer,

28) v. Keller Zeitschr. für geschichtliche Rechtswissensch. Bd. 11 S. 312, Civilpr. §. 76 zu N. 879a.

dessen Verbotswidrigkeit ohne diese Nebenfolge geblieben war.

Und somit wurde bei verbietenden Interdicten das Verfahren sine poena stets ausgeschlossen. In der That darf nicht wohl bezweifelt werden, daß Gaius IV, 141 mit dem Ausspruche:

> ex prohibitoriis interdictis semper per sponsionem agi solet —

nicht blos das thatsächlich stets Beobachtete ausdrücken will, sondern auch die rechtliche Nothwendigkeit dieses Verfahrens. Das bestätigt nicht nur der ganz bestimmte Ausdruck Ulpians fragm. Vindob. V. (Kr.)

> prohibitoria vero semper per sponsionem explicantur,

oder, wie es die Handschrift noch nachdrücklicher lieset:

> semper prohibitoria vero per sponsionem explicantur —,

sondern auch die Darstellung, welche Gaius IV, 162 sqq. selbst vom Verfahren sine poena giebt, insofern er dieselbe ohne Vorbehalt auf gebietende Interdicte beschränkt. Zudem ist es ja bekannt, daß solere nicht selten dasjenige bezeichnet, was gemäß einer Rechtsvorschrift geschieht, welche Ausnahmen nicht zuläßt.[29]) Namentlich gebraucht

29) S. z. B. Cic. pro Caec. 17, 49. de senect. 7, 22. ad div. 15, 16, 3. Gaius in l. 111 §. 1 D. de R. J. 50, 17. Venuleius in l. 25 §. 1 D. quae in fraud. cred. 42, 8. Papinian. in l. 9 §. 4 D. de min. 4, 4. Ulpian. in l. 5 D. de his, qui sui. 1, 6. l. 11 §§. 1. 3. D. de his, qui not. 3, 2. l. 7 §. 1 D. de in integr. rest. 4, 1. l. 9 §. 2 D. de exc. rei iud. 44, 2. l. 131 §. 1 D. de V. S. 50, 16. l. 58. l. 94 D. de R. J. 50, 17. Paulus in l. 12 §. 1 D. quib. mod. pign. vel hyp. 20, 6. Callistratus in l. 49 §. 1 D. de iud. 5, 1. Gordian. in l. 2 Cod. quib. res iud. 7, 56. — Vgl. Cuiacius Obs. VIII, 39. Dirksen manuale s. v. solere §. 2 und s. v. oportet §. 2.

Gaius in seinen Institutionen solere häufig in diesem Sinne.[30])

101. Die Möglichkeit, durch Erbittung eines Arbiter der poena sponsionis zu entgehen, wäre nach Huschkes jüngster Ansicht[31]) mit der Einführung der Interdicte von vornherein gegeben gewesen. Nur daß zur Zeit der Legisactionen dieser Arbiter nicht habe condemniren oder absolviren dürfen, daher noch nicht, wie der spätere mit der arbitraria formula (Gai. IV, 163), auch iudex geheißen habe. Vielmehr habe er sich ähnlich verhalten, wie der gesetzliche arbiter litis aestimandae oder der prätorische zur Untersuchung und Bestimmung thatsächlicher Fragen, z. B. ob ein sponsor idoneus, wie eine Servitut einzurichten sei u. s. w., weil er auch blos das Vorhandensein der im Edicte angegebenen Voraussetzungen des Interdicts und den Umfang des restituendum oder exhibendum festzustellen gehabt habe, worauf der Prätor durch Multen den Gehorsam gegen sein so purificirtes Decret erzwungen habe.

Wird aber hierbei nicht der wesentliche Unterschied zwischen den anderen von ihm aufgeführten arbitri und dem von ihm für die gebietenden Interdicte behaupteten völlig verkannt? Jene anderen und alle übrigen, welche man ihnen gleichstellen muß,[32]) haben auf der Grundlage eines fest-

30) I, 20 (semper — solet). 109. 120. II, 103. 254. III, 56. IV, 35. 48. 54. 102. 110. 148. 154. 180. cf. I, 100. 101. II, 155. IV, 112 (= §. 1. J. de perp. et temp. act. 4, 12).

31) Multa S. 77.

32) Z. B. den arbiter zur Prüfung der Rechnungsablage (l. 53 §. 1 D. de iud. 5, 1. l. 50 D. de cond. 35, 1. l. 5 §. 1 D. de manum. 40, 1. l. 37. l. 47 §. 2 D. de fid. lib. 40, 5), zur Abschätzung des Vermögens zwecks Feststellung der daraus zu gewährenden Alimente (l. 5 §. 25 D. de aqu. v. al. 25, 3), zur Berechnung der

stehenden Rechtsverhältnisses eine sachverständige Prüfung, Abschätzung, Verwaltungshandlung, Vertheilung, Aussonderung von Vermögensmassen und dergleichen vorzunehmen, durchaus keine Entscheidung eines streitigen Verhältnisses, sei es durch Feststellung der Thatsachen, sei es durch Anwendung einer Rechtsvorschrift auf den Thatbestand, m. a. W. keine richterliche Thätigkeit.[33]) Gerade diese dagegen würde dem von Huschke angenommenen Arbiter aus einem gebietenden Interdicte zugekommen sein.[34]) Daß derselbe nach Huschkes Darstellung nicht condemnirte oder absolvirte, dürfte auf eine hierfür unerhebliche Form hinauslaufen: sachlich wäre sein Ausspruch nichts Anderes gewesen, als die Entscheidung darüber, ob und wie viel der Impetrat zu leisten habe. Zur Einsetzung eines derartigen Arbitrium jedoch gewährte das Legisactionenverfahren der magistratischen Jurisdiction keinen weitern Spielraum, als zur Einsetzung eines iudicium überhaupt: beide waren lediglich statthaft auf der Grundlage eines vom ius civile als klagbar anerkannten Verhältnisses.[34a]) Hiernach müßten wir selbst dann, wenn es nicht völlig ungewiß wäre, ob die Interdicte jemals durch Multen erledigt seien,[35]) doch entschieden bestreiten, daß das gefahrlose Verfahren vor

quarta Falcidia (l. 12 D. ad leg. Falcid. 35, 1. l. 1 §. 6 D. si cui plus 35, 2. l. 2 §. 2 Cod. de usur. et fruct. legat. 6, 47) und zu anderen Ermittelungen (l. 27 D. de reb. auct. 42, 5. l. 43 D. de lib. c. 40, 12. l. 7 D. de conf. 42, 2. l. 12 D. de legat. III. l. 1 §. 25 D. de ventre in poss. 37, 9. l. 7 §. 1 D. de trib. act. 14, 4. l. 35 D. de B. L. 38, 2. Rudorff Rechtsgesch. Bd. 2 S. 27 zu N. 19 ff. und S. 10 N. 26.

33) O. E. Hartmann röm. Gerichtsverfassung S. 268 ff.

34) S. oben Ziffer 99 zu N. 9 S. 210.

34a) Vgl Witte interdictum Uti possidetis S. 16 f.

35) S. unten §. 1839 Ziffer 111.

einem Arbiter gleichzeitig mit den Interdicten selbst unter der ausschließlichen Herrschaft der Legisactionen entstanden sein könne.

Eben die Thatsache, daß dem arbiter im Verfahren sine sponsione eine recht eigentlich richterliche Aufgabe obliegt, spricht auch gegen die Ansicht Kappeynes,[35a]) welcher gleichfalls den arbiter auf Antrag des Impetraten bei gebietenden Interdicten schon zur Zeit des reinen Legisactionenverfahrens eintreten läßt, und zwar ausdrücklich mit

35a) Abhandlungen S. 297 f. Allerdings ist die Darstellung insofern nicht klar, als S. 297 von „dem zur Zeit der Antonine geltenden Verfahren" geredet wird; aber es heißt S. 298 dann weiter: „Dies stimmt durchaus zu dem Wesen des sacramentum." Uebrigens hält Kappeyne die sponsio, welche auch nach ihm zur Handhabe des Verfahrens per sacramentum diente, offenbar für eine sponsio mere praeiudicialis. Denn sonst könnte er vom Impetranten nicht wohl sagen: „er hatte durchaus kein Interesse dabei, den andern eine Gebühr (nämlich die summa sacramenti) bezahlen zu lassen", und weiter: „die einzige Instanz, welche durch das Ausbleiben der Bußzahlungen litt, war die ohnedies gutgefüllte Opferkasse." Zur poenalis ist jene sponsio, wenn ich recht verstehe, erst nach Einführung der legis actio per condictionem geworden (S. 308: „Als die lex Silia und Calpurnia das Sakrament mit der sponsio vertauscht hatten, that der Prätor dasselbe"). Nur freilich ist die beim Interdict stattfindende sponsio nicht die sponsio tertiae partis, sondern von einem einfürallemal feststehenden Betrage, woran „der Kläger — kein erhebliches Interesse hatte" (S. 309). Die Beweise hierfür liegen darin, daß 1) bei gebietenden Interdicten der Impetrat durch Erbittung eines arbiter sich der sponsio ganz entziehen konnte, und 2) die sponsio im Processe zwischen Quintius und Naevius ebenfalls über eine unbedeutende Geldsumme eingegangen zu sein scheint!

der Vollmacht zu verurtheilen und freizusprechen. Der Inhalt dieser Aufgabe wird in Wahrheit dadurch nicht im geringsten verändert, daß der genannte Schriftsteller, in der dem Sacrament (und, wie nothwendig zu ergänzen bleibt: in der dem letztern vorangehenden sponsio) ausweichenden Haltung des Verklagten eine Anerkennung bezüglich der Hauptsache erblickt; muß er selbst doch sogleich einräumen, jene Anerkennung sei „mehr scheinbar, als wirklich," und gestattet demgemäß dem Impetraten, den arbiter zu überzeugen, „nichts schuldig zu sein," dem arbiter aber, jenen „zu nicht mehr als zu einem Pfennig zu verurtheilen," — von wo aus es bis zur einfachen Freisprechung dann nur ein Schritt gewesen sei. Nur ein arges Mißverständniß kann hierfür einen Beweisgrund der bei Gai. IV, 163 mitgetheilten Meinung des Proculus entlehnen, wonach der Impetrat, der einen arbiter erbittet, das calumniae iudicium nicht erhalten sollte, quasi hoc ipso confessus videatur restituere se vel exhibere debere. [35b])

Wir dürfen das Verfahren aus Interdicten mit einem Arbiter nicht früher setzen, als eine arbitraria formula möglich geworden war, d. h. nicht früher als das agere per formulas überhaupt.

Das älteste Zeugniß für das Dasein jenes Verfahrens besitzen wir in Ciceros Rede pro M. Tullio v. J. 682 oder 683 d. St. [36]) c. 23 §. 53 i. f.:

> Et ego ipse tecto illo disturbato si hodie postulem,
> Quod vi aut clam factum sit, tu aut per arbitrum
> restituas aut sponsione condemneris necesse est. [37])

35b) Ueber Gai. IV, 163 cit. s. oben §. 1838 Ziffer 83 S. 25 f.

36) Teuffel Geschichte der römischen Literatur. 3. Aufl. §. 179 unter 4 S. 313.

37) Hiernach hat Huschke die anfänglich von ihm ausge-

Mit Recht sagt Schmidt,[37a]) es liege durchaus kein Grund vor, weshalb gerade das Quod vi aut clam früher als die übrigen gebietenden Interdicte dem Impetraten jene Wahl gewährt haben sollte. Eben so wenig Anlaß aber dürfte vorhanden sein, mit Huschke[38]) für Ciceros Zeit jenes Verfahren beim interdictum de vi armata noch auszuschließen. Gestützt wird die abweichende Ansicht zunächst darauf, daß, wenn der von Caecina aus diesem Interdicte per sponsionem belangte Aebutius jenes Verfahren habe wählen können, jedoch verschmäht habe, Cicero gewiß nicht versäumt haben würde, auf die hierin sich äußernde Frechheit seines Gegners nachdrücklich hinzuweisen. Allein einerseits ließe sich füglich auch hierauf beziehen, was Cicero pro Caec. 1, 1 von der impudentia des Aebutius in foro atque in iudiciis sagt, und was er 1, 2 ein Abweichen von mos und institutum omnium in der Vertheidigung nennt; anderseits ist es doch nicht so unerklärlich, daß seine auf uns gelangte dritte Rede in derselben Sache[38a]) nicht näher auf diesen Umstand eingeht. Denn, um davon zu schweigen, daß uns unbekannt ist, was etwa die beiden ersten Reden hierüber gesagt hatten, und was zu wiederholen auf alle Fälle überflüssig, wo nicht bedenklich erscheinen mochte, — viel ausrichten ließ sich damit kaum: um-

sprochene Ansicht (de causa Silaniana p. 15) zu Ciceros Zeit sei das Verfahren per arbitrum noch nicht bekannt gewesen, demnächst aufgegeben. Analecta litteraria p. 178 ad v. restituas] und Studia Rom. p. 15 n. 24.

37a) A. a. O. S. 263.

38) Anal. litt. p. 178 sq. ad v. restituas]. cf. Stud. Rom. p. 15. Ihm folgen Keller Semestria I. p. 340 sq. und Rudorff ed. perp. §. 242. vgl. unten N. 42, dieser anscheinend sogar noch für Julians Edictsredaction.

38a) Pro Caec. 2, 6: vos — bis iam de eadem causa dubitasse.

gekehrt mußten die Richter geneigt sein, im Verschmähen des gefahrlosen Weges einen Hinweis darauf zu erblicken, daß Aebutius auf sein gutes Recht vertraue. Und vollends, wenn es, wie durchaus nicht unwahrscheinlich ist, schon damals Anhänger der später von Proculus vertretenen Ansicht [38b]) gab, wonach der Impetrat in der Erbittung eines Arbiter sich für schuldig bekannte, — hätte Cicero nicht die wohl berechtigte Antwort des Gegners erwarten müssen: sollte ich mich auf diese Weise der Gefahr aussetzen, als geständig zu gelten? Scheinbarer ist ein zweiter Grund Huschkes. Cicero vertheidigt (cap. 3) seinen Schützling gegen den Vorwurf, er sei in der Auswahl der von ihm angestellten Klage zu hart gewesen. Hätte nun dem Impetraten die Möglichkeit offen gestanden, einen Arbiter zu erbitten, so wäre es ein unbegreiflicher Fehler Ciceros gewesen, den Vorwurf nicht durch die einfache Bemerkung zurückzuschlagen, Aebutius selbst habe diese Härte verschuldet, indem er es unterlassen, jenen gefahrlosen Weg zu betreten. Allein auch diese Begründung ist, wie Schmidt [39]) treffend nachgewiesen hat, verfehlt. Der Vorwurf der Härte wird nicht daraus hergeleitet, daß die gewählte Klage die poena sponsionis mit sich bringe, sondern daraus, daß sie die existimatio des Beklagten gefährde (cf. c. 2—4). [40]) Mit dem Verfahren ex interdicto als solchem hat also der fragliche Vorwurf schlechterdings nichts zu thun, kann folglich in Beziehung darauf auch nichts beweisen.

Wenn der Abschnitt des prätorischen Album von den Interdicten eine allgemeine Vorschrift über das Verfahren aus solchen enthielt, [41]) so erwähnte dieselbe vermuthlich

38b) Gai. IV, 163 (s. oben S. 86).
39) A. a. O. S. 267.
40) Wie dies zu verstehen, darüber unten §. 1838e Ziffer 100 zu N. 92.
41) Vgl. oben §. 1838a Ziffer 89 S. 93 zu N. 12.

auch, daß das Verfahren sine poena die Erbittung des Arbiter in eben dem Termine voraussetze, in welchem das Interdict erlassen worden war.[41a]) Vielleicht jedoch hat der Prätor, statt eine derartige Anordnung ein für allemal auszusprechen, jedem einzelnen gebietenden Interdicte sowohl im Album als beim mündlichen Erlasse eine hierauf bezügliche Bemerkung beigefügt.[42])

Rudorff[42a]) bezieht nun auf die hierbei gebrauchten Edictsworte die Nr. 70 (Krueger) der Einsiedler Auszüge aus den notae des Valerius Probus:

R. A. E. J. E. = restitutus antequam ex iure exeas —,

indem er nach Mommsens Vorgange das *„restitutus“* in *„restituas“* ändert.

Indessen ist die Berechtigung sowohl dieser Aenderung des überlieferten Textes, als jener Beziehung unsrer Stelle mindestens sehr fraglich. Die Nr. 64 und 65[42b]) der Einsiedler Noten betreffen allerdings wohl zweifellos Interdictsformulare; von den folgenden vieren (66—69)[42c])

41a) Vgl. Lenel ed. perp. S. 358 unter 1 a. E.

42) Dies nimmt an Rudorff, Zeitschrift für Rechtsgeschichte Bd. 3 S. 6 f. und de iuris dictione edictum p. 203 sqq. passim, insofern er jedem auf restituas oder exhibeas auslaufenden Interdicte, mit Ausnahme jedoch des interdictum de vi armata (s. oben N. 38), den Zusatz anhängt: antequam ex iure exeas, welchen die Compilatoren infolge des Unterganges des Interdictenverfahrens begreiflicherweise hätten streichen müssen. Vgl. dazu Lenel ed. perp. S. 357 f.

42a) A. a. O. S. 205 n. 11.

42b) N. C. N. P. = nec clam nec precario. V. F. V. = vim fieri veto.

42c) F. C. L. = fraudationis causa latitat. P. P. V. = pupillus pupillave. R. P. C. S. D. M. = rei publicae causa se dolo malo. V. I. I. = videbitur in integrum.

dagegen ist dies schwerlich zu behaupten. Ob freilich mit Rücksicht auf die letzte derselben (69) auch Nr. 70 mit Schmidt[42d]) auf die in integrum restitutio zu beziehen sei, mag hier dahin gestellt bleiben.

Uebrigens besteht unter denjenigen, welche Rudorffs Vorschlag wo nicht für richtig, so doch für möglich halten, eine Meinungsverschiedenheit über die Bedeutung, die danach den Worten:

restituas, antequam ex iure exeas

beizulegen sei.

Lenel,[43]) welcher die Unsicherheit der Rudorff'schen Vermuthung ausdrücklich hervorhebt, glaubt jenen Worten immerhin einen erträglichen Sinn abgewinnen zu können, wenn er sie wörtlich versteht. Er entnimmt nämlich aus Gai. IV, 165, daß der Impetrant das Sponsionsverfahren einleiten konnte, sobald der Impetrat tacitus, d. h. ohne den Arbiter zu erbitten, sich ex iure entfernte, daß jener mithin diesem keinerlei Frist zu gewähren brauchte. Danach müsse das prätorische Decret nothwendig den Sinn gehabt haben „restituas antequam ex iure exeas:“ sonst hätte der Beklagte sich im Sponsionsproceß mit Recht durch die Behauptung vertheidigen können, ein Verfehlen gegen das prätorische Gebot liege nicht vor, da ihm die zum Gehorsam nothwendige Zeit nicht gelassen worden sei, eine Vertheidigung, die natürlich durchaus unzulässig gewesen

42d) Literarisches Centralblatt 1869 (Anzeige von Rudorffs de iurisdictione edictum) Sp. 420. Dort wird vorgeschlagen zu lesen: restituam, antequam ex iure exeat, mit dem Hinzufügen, für diesen Satz würde sich in dem von der in integrum restitutio handelnden Edicte unschwer ein Platz auffinden lassen.

43) Ed. perp. S. 357 f. Zustimmend Pfersche Interdicte S. 96 f.

wäre. — Restituire bei Zeiten, so warne der Prätor im Album: denn bist du erst in iure, so lasse ich dir keine Zeit mehr dazu. Nach unseren früheren Ausführungen[44]) vermögen wir nicht, diese Auffassung gelten zu lassen. Wenn es richtig ist, daß die Sponsion erst im rerum actus eingegangen wurde, so müssen wir in geradem Gegensatze zu Lenel annehmen, daß auch eine zwischen Erlaß des Interdictes und rerum actus vorgenommene Befriedigung des Klägers die trotzdem eingegangene Sponsion entkräftet habe. Auf eine thatsächliche Restitution oder Exhibition können also die fraglichen Worte, sofern dieselben überhaupt in diesen Zusammenhang gehören, nicht füglich gehen.

Für Rudorff[45]) ist das „restituas exhibeas" völlig gleich bedeutend mit „arbitrum postules, ut eius arbitrio restituas, exhibeas." Dies erscheint auf den ersten Blick so willkürlich, daß Lenel[46]) meint, es bedürfe kaum der Berichtigung. Und jedenfalls wird es nicht erwiesen durch Cic. pro Tull. c. 23 §. 53 cit.: das dort erwähnte „per arbitrum restituere" bekundet noch ganz und gar nicht, daß die Erbittung des Arbiter als Restitution selbst bezeichnet werde. Wohl dagegen scheint die Bedeutung von restituere in dem Sinne von arbitrum ad restituendum petere unabweisbar in der lex Rubria c. XXII v. 34 sq.:

> sei sponsionem fierei oportebit, sponsionem non faciet [*aut*] non restituet, neque se iudicio utei oportebit defendet etc.

Restituere kann hier nicht verstanden werden von der wirklichen Befriedigung des Klägers: „wie sollte," — fragt

44) S. oben §. 1838a Ziffer 90 S. 112 f.

45) Zeitschrift für Rechtsgeschichte Bd. 3 S. 6 f.

46) A. a. O. S. 357 N. 4. Aehnlich abweisend Schmidt lit. Centralblatt 1869 Sp. 420.

mit gutem Grunde Demelius,[47]) „die Eventualität der Befriedigung mitten hineinkommen zwischen das sponsionem non facere und das iudicio utei oportebit non defendere?“ In der That wird in keiner der übrigen in der lex Rubria c. XXI sq. vorkommenden sechs Aufzählungen der Arten des non defendere die Befriedigung des Gläubigers als Abwendungsmittel der Folgen mangelnder defensio genannt.[48]) Ist nun aber bei dem sponsionem non facere an eine sponsio ex interdicto gedacht,[49]) so ergiebt es sich von selbst, daß restituere die Erbittung eines arbiter ex interdicto bezeichnet. Und in demselben Sinne werden wir es dann auch in der Note des Probus verstehen dürfen. Ja, sofern letztere überhaupt hierher gehört, so ist dies bei der Ablehnung der Lenel'schen Auffassung sachlich um so mehr geboten, als die thatsächliche Restitution in dem nämlichen Termine, in welchem das Interdict ergeht, selbst bei beweglichen Streitgegenständen für die allermeisten Fälle unthunlich ist,[49a]) die unbedingte Vorschrift, vor dem Verlassen des Termines zu restituiren, mithin geradezu als Hohn erscheinen würde.

Es versteht sich von selbst, daß die formula arbitraria eine intentio in factum concepta hatte, denn die Voraussetzungen der Pflicht zu restituiren oder zu exhibiren empfingen ihre verpflichtende Kraft lediglich aus der Auctorität des interdicirenden Magistrates.

Wie beiläufig bereits erwähnt,[50]) entzog sich der Impetrat durch Erbittung eines Arbiter auch einer ihm sonst obliegenden Cautionsleistung, sofern der Anlaß zu

47) Confessio S. 148.
48) Das. N. 2.
49) S. oben §. 1838a Ziffer 90 S. 117.
49a) Vgl. Schmidt lit. Centralblatt 1869 Sp. 420.
50) S. oben §. 1838b Ziffer 92 S. 133 zu N. 30.

dieser in der Verzögerung lag, welche das Verfahren per sponsionem mit sich brachte. Wir dürfen dies daraus folgern, daß die cautio fideicommissorum servandorum wegen eines fälligen, aber bestrittenen Fideicommisses vom Belasteten abgelehnt werden kann, weil der ungesäumten gerichtlichen Erledigung des Fideicommißanspruches nichts entgegensteht; [51]) während die cautio legatorum servandorum auch wegen eines fälligen Legates stattfinden muß, weil dessen Ausklagung an den rerum actus gebunden ist. [52]) Die damit in Aussicht gestellte Erleichterung bildete, wie bereits erwähnt, einen weitern Antrieb für den Impetraten, sich einen Arbiter zu erbitten.

§. 1838 e.

3) Das Verfahren in iudicio. [1])

102. Aus dem Verfahren per sponsionem entspringen, wie wir gesehen haben, in jedem Einzelfalle mehrere actiones, nämlich theils die condictiones certi über sponsio und restipulatio, bezw. bei interdicta duplicia über die beiderseitigen sponsiones und restipulationes, theils eine Nachklage des siegreichen Impetranten, bezw. beim Uti

51) L. 3 pr. D. ut in poss. legat. 36, 4 (Ulp. lib. 52. ad ed.): Si is, a quo satis petitur, offerat cognitionem et dicat: „hodie constet de fideicommisso, hodie agamus“ dicendum est, cessare satisdationem, cum possit ante de fideicommisso quam de satisdatione constare. cf. Gai. II, 279.

52) L. 15 pr. D. ut legat. 36, 3 (Paul. lib. 75. ad ed.): Etiam de praesenti legato locum habet haec satisdatio, quia nonnullus moras exercitio iudicii habet. Vgl. hierzu Francke Commentar über den Pandectentitel de hereditatis petitione S. 29 f.

1) Schmidt a. a. O. S. 270—284.

possidetis, vielleicht auch bei anderen interdicta duplicia, eine Nachklage oder mehrere Nachklagen des siegreichen minus licitans. Diese Nachklagen sind der Mehrzahl nach actiones arbitrariae in factum conceptae; eine sichere Ausnahme macht die Klage aus der fructuaria stipulatio beim Uti possidetis, welche eine condictio certi ist, eine mögliche Ausnahme bilden die Nachklagen aus manchen, vielleicht aus allen interdicta prohibitoria simplicia, welche gewöhnliche actiones in factum conceptae gewesen sein können.

Die Geschworenen für alle diese Klagen werden aus dem album iudicum selectorum genommen; meist fungiren sie dabei als Einzelgeschworne, in gewissen Fällen, z. B. beim interdictum de vi armata, als recuperatores.

Bei dem Verfahren per arbitrum findet stets nur eine einzige actio statt, nämlich eine formula arbitraria in factum concepta; der arbiter aber wird ohne Rücksicht auf das album iudicum selectorum bestellt.

Es darf als selbstverständlich gelten, daß diejenigen Eigenthümlichkeiten, welche durch die Art der actio und der iudices bestimmt werden, auch auf die Klagen aus Interdicten Anwendung erleiden. So finden wir z. B. beim interdictum de vi armata vor Recuperatoren die allgemeine Regel beobachtet, wonach in Recuperatorenprocessen für jede Partei nicht mehr als zehn Zeugen zulässig waren. [2])

2) Cic. pro Caec. 10, 28: Decimo vero loco testis exspectatus est ad extremum reservatus etc. cf. Lex Mamilia c. 55: testibus publice dumtaxat in res singulas X denuntiandi potestatem facito. Edict. Venafran. v. 66: testibusque dumtaxat X denuntiand[*o qua*]eri placet. Val. Prob. in edictis perpetuis nr. 8 (Kr.) Q. E. R. E. T. P. J. R. D. T. Q. P. D. T. D. D. P. F. = quanti ea res erit, tantae pecuniae iudicium recuperatorium dabo testibusque publice dumtaxat

Nicht minder werden wir annehmen dürfen, daß wie andere vor Recuperatoren aus dem Album gehörige Processe so auch die Interdictenprocesse, welche von derartigen Richtern entschieden werden mußten, gleich im Beginne des rerum actus zur Auslosung gelangten.[3]) Und ohne Zweifel unterlagen die Recuperatoren in Interdictsprocessen derselben Nöthigung zur sofortigen Untersuchung und Aburtheilung wie in anderen ihnen überwiesenen Sachen.[4])

decem denuntiandi potestatem faciam. Nicht ganz klar ist, wie sich hierzu verhält die Lex Urson. c. 95 tab. III col. 2 v. 4 sq.: Testibusque in eam rem publice dumtaxat h(ominibus) XX, qui colon(i) incolaeve erunt, quibus is (die Tafel hat: his), qui rem quaeret (die Tafel hat quaere|re), volet, denuntietur facito. v. 13 sqq.: dum ne omnino amplius h(omines) XX in iudicia singula testimonium dicere cogantur. Bruns Zeitschrift für Rechtsgeschichte Bd. 12. S. 122 und S. 124 unter 3 hält diese Vorschriften für eine Eigenthümlichkeit der in der lex Ursonensis für die Geldstrafen aus ihr angeordneten iudicia recuperatoria. Weiset aber nicht vielleicht die letzte Bestimmung mit dem „omnino amplius homines XX“ darauf hin, daß die Gesammtzahl der Zeugen für beide Parteien nicht über zwanzig hinausgehen soll, während in völliger Uebereinstimmung damit die übrigen Stellen von der Befugniß der einzelnen Partei, zehn Zeugen zu gebrauchen, reden? Freilich würde hierbei die, übrigens diplomatisch nicht unzweifelhafte, erste der aus der lex Ursonensis mitgetheilten Bestimmungen „quibus is qui rem quaeret volet“ einer Erklärung oder einer Aenderung bedürfen; denn schwerlich dürfte der Ankläger durch einfachen Widerspruch die Ladung der vom Beklagten bezeichneten Zeugen verhindern.

3) S. O. E. Hartmann röm. Gerichtsverfassung §. 24 S. 259 f. §. 38 S. 446 f.

4) Das. §. 24 S. 257 ff.

Dagegen bleibt es fraglich, ob nicht der Umstand, daß eine Klage zur Abwickelung des Verfahrens aus einem Interdicte dient, seinerseits die rechtliche Behandlung dieser Klage in gewissen Puncten beeinflusse. Als solche Puncte kommen in Betracht: 1) die erforderliche Stärke der Beweisführung; 2) das officium iudicis; 3) die Zwangsvollstreckung und 4) das Verhältniß der Interdicte aus Delicten zu der criminellen Verfolgung derselben Delicte.

1) Ist es unbestritten, daß hinsichtlich der Vertheilung der Beweislast für die Klagen aus Interdicten durchaus die allgemeinen Regeln gelten, [5]) so ist es, oder war es wenigstens um so bestrittener, ob nicht schon im classischen Rechte bei allen Klagen aus Interdicten, oder doch bei einigen derselben, der förmliche Beweis durch eine bloße Bescheinigung ersetzt worden sei.

Die Ansicht, welche allen Interdicten diese Begünstigung beilegt, [6]) stützt sich auf diejenigen Aussprüche der Quellen,

5) Danach liegt dem Impetranten an sich auch der Beweis ob, daß das Interdict, worauf er seine actio gründet, auch wirklich ergangen sei. Indessen wird dieser Beweis wohl ohne weiteres aus den Journalen des interdicirenden Magistrates zu erbringen sein. vgl. Schmidt a. a. O. S. 271 N. 1. vbd. mit S. 233 unter III a. E. und dazu v. Bethmann-Hollweg röm. Civilpr. Bd. 2 §. 98 N. 85 S. 360.

Den Impetraten trifft an sich die Beweislast hinsichtlich der condictio ex restipulatione; erbringt aber der Impetrant seinen Beweis nicht, so ist diese Beweislast damit erledigt: sachlich ist der Beweis des Impetraten ein directer Gegenbeweis gegen den Beweis des Impetranten. Vgl. Schmidt a. a. O. S. 272 unter I a. E.

6) Ihr letzter Vertreter ist wohl Thibaut Archiv für die Civil. Prax. Bd. 10 Nr. 23 S. 456—472. Vgl. Mühlenbruch Entwurf des gemeinrechtlichen Civilprozesses. 2. Aufl. 1840 §. 427 S. 205 ff. vbd. mit §. 426 S. 203.

wonach für Interdicte eine Beschleunigung des Verfahrens stattfindet. [7])

Allein, ganz abgesehen davon, daß keine dieser Stellen ein directes Zeugniß für das Recht des classischen Interdictenverfahrens enthält, redet auch keine davon, daß die in ihnen bekundete Beschleunigung derjenigen Sachen, in welchen früherhin per interdictum processirt worden war, mittels einer bloßen Bescheinigung geschehen sei.

Umgekehrt bezeugt eine Reihe von Stellen, daß für das alte Interdictenverfahren der beweispflichtigen Partei ein vollkommener Beweis oblag. [8])

7) Es sind dies zunächst diejenigen Stellen des Codex Theodosianus, wonach Befreiung von den Fristen der litis denuntiatio stattfand (vgl. v. Bethmann-Hollweg röm. Civilpr. Bd. 3 §. 151 S. 237 f. N. 34.), nämlich für das Unde vi l. 5 Cod. Th. de denunt. vel edit. rescr. 2, 4 v. J. 389; für das Utrubi l. un. Cod. Th. utrubi 4, 23 v. J. 400 = l. 14 Cod. J. de agricol. 11, 48 (47); für alle Interdicte l. 6 Cod. Th. de denunt. vel edit. rescr. 2, 4 v. J. 406 = l. 4 Cod. J. de interd. 8, 1. Soweit diese Stellen in den Codex Just. aufgenommen worden sind, sprechen sie von Beschleunigung im allgemeinen. Sodann gehören hierher einige Stellen des Codex Theod., welche schon dort allgemein reden, und endlich eine Stelle des Cod. Just., welche dies infolge einer Interpolation thut, nämlich hinsichtlich des Unde vi l. 2 Cod. Th. unde vi 4, 22 v. J. 381 = l. 6 Cod. J. eod. 8, 4. l. 4 Cod. Th. eod. v. J. 396. l. 8 §. 1 Cod. Th. de iurisd. 2, 1 v. J. 395 = l. 8 Cod. J. unde vi 8, 4. l. 1 pr. Cod. J. si per vim 8, 5. (vermöge einer Interpolation in l. 1 Cod. Th. eod. 4, 22 v. J. 326); hinsichtlich des Quorum bonorum l. 22 Cod. Th. quor. app. 11, 36 v. J. 374 und l. 1 §. 2 Cod. Th. quor. bon. 4, 21 v. J. 395 = l. 3 §. 1 Cod. Just. eod. 8, 2.

8) Schmidt a. a. O. S. 274 f. unter 4.

Gai. IV, 167 sq. (oben S. 153): — si non ***probat*** ad se pertinere possessionem — si non ***probaverit*** — etc.

L. 1 §. 4 D. de itin. actuq. priv. 43, 19: (***Ulp.*** lib. 71. ad ed.) Si quis hoc interdicto utatur, sufficit ***alterutrum probare*** vel iter vel actum in usu habuisse.

L. 3 §. 13 eod. (oben Thl. 1 S. 100 f.): ***nisi vere habet servitutem.***

L. 1 i. f. Cod. quor. bon. 8, 2 (s. oben Thl. 1 S. 143): interdicto Quorum bonorum non aliter possessor constitui poteris, quam si te defuncti filium esse et ad hereditatem vel bonorum possessionem admissum ***probaveris.***

Nur zu der Last eines vollen Beweises stimmen auch die beiden Thatsachen aus dem Interdictenprocesse des Caecina, auf welche Schmidt[9]) mit Recht hinweiset, nämlich, daß Aebutius nicht weniger als zehn Gegenbeweiszeugen beigebracht hat,[10]) und daß die Richter, wiewohl als Recuperatoren noch besonders zur raschen Erledigung der Sache gehalten, in zwei früheren Terminen die Urtheilsfällung vertagt hatten, wennschon dies, wie Cicero ausdrücklich bemerkt, nicht sowohl der rechtlichen Ungewißheit wegen geschehen war, als vielmehr mit Rücksicht auf die ehrenmindernde Wirkung der auszusprechenden Verurtheilung.[10a])

Hinsichtlich der Sponsionsklagen würde es ferner kaum

9) A. a. O. S. 275 f. unter 5.

10) Cic. pro Caec. 10, 28 (s. oben N. 2).

10a) Pro Caec. 2, 6: non vos tam propter iuris obscuram dubiamque rationem bis de eadem causa dubitasse, quam quod videtur ad summam illius existimationem hoc iudicium pertinere, moram ad condemnandum anquisisse simul et illi spatium ad sese colligendum dedisse.

zu erklären sein, daß für das Dasein ihrer Voraussetzung: „si adversus edictum praetoris factum est“ oder: „si contra edictum praetoris non restituisti“ oder „exhibuisti“ oder dergl. bloße Wahrscheinlichkeit hätte genügen sollen, während doch bei Klagen aus allen anderen Sponsionen deren Voraussetzung voll bewiesen werden mußte.[11])

War aber bei den Sponsionsklagen voller Beweis erforderlich, so läßt sich ganz gewiß nicht annehmen, daß bei den Klagen vor einem Arbiter bloße Bescheinigung ausgereicht hätte. Der Impetrat würde sich alsdann, wie Schmidt[12]) sehr fein bemerkt, wohl gehütet haben, durch die Wahl der formula arbitraria dem Gegner mittels einer so erheblichen Beweiserleichterung zum Siege zu verhelfen. Auch würde es gegen alle ratio iuris verstoßen, bei den Klagen aus prohibitorischen Interdicten stets vollen Beweis zu verlangen, bei denjenigen aus gebietenden aber je nach der stattfindenden Klagform mit bloßer Wahrscheinlichkeit zufrieden zu sein oder ebenfalls vollen Beweis zu erfordern.

Alle diese Gründe sprechen aber auch dagegen, in der

11) Schmidt a. a. O. S. 274 unter 2. — Weniger Gewicht dagegen dürfte m. E. dem Umstande zukommen, daß das Interdict seine Wirkung an das Dasein gewisser Umstände knüpft, z. B: „quas tabulas Lucius Titius ad causam testamenti sui pertinentes reliquisse dicetur, si hac penes te sunt“ etc. oder „Unde in hoc anno tu illum vi deiecisti“ etc., nicht etwa: — „si has (sc. tabulas) penes te esse verisimile est“ u. dergl. Denn es wäre, namentlich wenn wir im Album eine allgemeine Vorschrift über das Verfahren annehmen, an sich nicht undenkbar, daß für die fragliche Thatsache nicht die feste Ueberzeugung des Richters erfordert wäre, sondern nur eine mehr oder minder große Wahrscheinlichkeit.

12) A. a. O. S. 274 unter 3.

fraglichen Beziehung einen, auf den ersten Anblick naheliegenden, Unterschied zu machen zwischen solchen Interdicten, welche ein Definitivum schaffen (proprietatis causam continent), und solchen, welche nur ein Provisorium begründen (possessionis causam continent), indem man nämlich zwar für die erstern mit Rücksicht auf ihre Wirkung vollen Beweis verlangte, für die anderen dagegen sich mit bloßer Wahrscheinlichkeit zufrieden gäbe. Sofern damit vollends gesagt sein sollte, daß begrifflich die interdicta possessionis causam continentia einen vollen Beweis ausschließen müßten, so würde jene Unterscheidung den Gegenstand des Beweises mit der Stärke desselben verwechseln. [13]) Wenn die thatsächliche Wirkung der rechtskräftigen Entscheidung z. B. eines Besitzstreites durch die nachfolgende rei vindicatio des in jenem Unterlegenen wieder aufgehoben werden kann, so ist es durchaus nicht geboten, dies auf die mangelhafte Beweisführung des ersten Processes zurückzuführen: es erklärt sich unter allen Umständen daraus, daß im Besitzprocesse über ein ganz anderes Rechtsverhältniß entschieden wird, als im Eigenthumsprocesse. [13a]) Die bloße Bescheinigung als Eigenthümlichkeit der provisorisch wirkenden Edicte als solcher würde mithin höchstens als positive Einrichtung verstanden werden dürfen. Daß sie jedoch nicht einmal in dieser thatsächlichen Weise zutrifft, zeigen die oben angeführten Stellen: Gai. IV, 167 sq. und l. 1 §. 4 D. de itin. actuq. priv. 43, 19, welche gerade für Interdicte zum Schutze des Sachbesitzes und des Servitutenbesitzes ein probare, d. h. vollen Beweis, vorschreiben.

13) Schmidt a. a. O. S. 273 zu N. 3.

13a) L. 14 §. 3 D. de exc. rei iud. 44, 2: (Paul. lib. 70. ad ed.) Si quis interdicto egerit de possessione, postea in rem agens non repellitur per exceptionem, quoniam in interdicto possessio, in actione proprietas vertitur.

So bliebe höchstens das fraglich, ob nicht wenigstens da das Interdictenverfahren auf eine bloße Bescheinigung beschränkt geblieben sei, wo das Interdict genau über das gleiche Rechtsverhältniß entscheidet, welches ungeachtet der infolge des Interdictes ergangenen Entscheidung seine endgültige Regelung erst durch einen andern Rechtsbehelf erhält. Ohne jene Beschränkung nämlich scheint es geradezu unmöglich, die endgültige Entscheidung überhaupt vorbehalten zu können. Allein selbst in dieser engen Begrenzung ist die Frage auf das Entschiedenste zu verneinen: das vorausgesetzte Verhältniß zwischen provisorischem Interdicte und endgültigem Rechtsbehelfe über das nämliche Rechtsverhältniß ist dem classischen Rechte völlig unbekannt. Die beiden landläufigen Beispiele für jenes Verhältniß sind das Quorum bonorum und das Salvianum; nun wissen wir von letzterm, daß seine provisorische Natur erst auf einer ungeschickten Interpolation beruht, [14]) und vom Quorum bonorum haben wir gezeigt, daß es gerade da versagt wurde, wo der Gegner endgültiges Erbrecht behauptete; [15]) daß es also in Wahrheit gar nicht dieselbe Rechtsfrage betraf, über welche die hereditatis petitio entschied. Obendrein lehren ja auch die oben S. 238 abgedruckten Worte der l. 1 i. f. Cod. quor. bon. 8, 2, daß bei ihm voller Beweis erforderlich war.

103. 2) Ebenso wenig wie in Beziehung auf den Beweis ein Gegensatz zwischen den Klagen aus Interdicten und den übrigen Klagen stattfindet, ist im allgemeinen ein solcher anzunehmen für das officium iudicis bei den einem solchen Raum gebenden Klagen der erstern Art und anderen ein Ermessen des Richters gestattenden Klagen. Im ein-

14) S. oben §. 1835a Ziffer 29 Thl. 1 S. 166 f. zu N. 47 ff.
15) S. oben §. 1835a Ziffer 16 ff. Thl. 1 S. 110—152.

zelnen dagegen finden sich Abweichungen hinsichtlich der fructus und der mora.

Die Regel für die Behandlung der Früchte [16]) in Interdictenklagen spricht aus l. 3 D. h. t.:

(*Ulp.* lib. 69. ad ed.) In interdictis exinde ratio habetur fructuum, ex quo edita sunt, non retro.

Den Grundsatz über den Zeitraum der Interesseberechnung überhaupt, von welcher die Berechnung der Früchte nur ein Stück bildet, wendet auf einen Einzelfall an l. 8 §. 4 D. de prec. 43, 26:

(*Ulp.* lib. 71. ad ed.) Ex hoc interdicto restitui debet in pristinam causam: quod si non fuerit factum, condemnatio in tantum fiet, quanti interfuit actoris ei rem restitui ex eo tempore, ex quo interdictum editum est: ergo et fructus ex die interdicti editi praestabuntur.

Eine Ausnahme von jenem Grundsatze enthält dagegen l. 1 §§. 40 sq. D. de vi 43, 16:

(*Ulp.* lib. 69. ad ed.) §. 40: Ex die, quo quis deiectus est, fructuum ratio habetur, quamvis in ceteris interdictis ex quo edita sunt, non retro, computantur . idem est et in rebus mobilibus, quae ibi erant: nam et earum fructus computandi sunt, ex quo quis deiectus est. [16a]). §. 41: Non solum autem fructuum ratio in hoc interdicto habetur, verum ceterarum etiam utilitatium habenda est: nam et *Vivianus* refert, in hoc interdicto omnia, quaecumque habiturus

16) Vgl. Schmidt a. a. O. S. 40—46.

16a) S. auch l. 38 §. 5 D. de usur. 22, 1: (Paul. lib. 6. ad Plautium.) Et ideo cum restitui praetor vult, veluti in interdicto Unde vi, etiam fructus sunt restituendi. l. 4 Cod. unde vi 8, 4 (s. unten §. 1840 Ziffer 121 zu Anf.).

vel ad secuturus esset is, qui deiectus est, si vi deiectus non esset, restitui aut eorum [nomine *ins*. M.] litem a iudice aestimari debere, eumque tantum consecuturum, quanti sua interesset se vi deiectum non esse.

Es mag dahin gestellt bleiben, ob ursprünglich l. 1 §. 40 cit. D. de vi mit der l. 3 cit. h. t. zusammengefallen ist; [17]) darüber kann unter allen Umständen kein Zweifel bestehen, daß jener scheinbar allgemein ausgesprochene Grundsatz im Unde vi nicht gilt.

Und zwar ist jene Ausnahme, wie die strenge Haftung des Dejicienten überhaupt, von den Römern unter den Gesichtspunct gebracht worden, daß der Dejicient gleich dem fur von seinem Delicte an sich in mora befinde.

L. 1 cit. §. 35 D. de vi 43, 16: Denique scribit *Julianus* eum, qui vi deiecit ex eo praedio, in quo homines fuerant, propius esse, ut etiam sine culpa eius mortuis hominibus aestimationem eorum per interdictum restituere debeat, sicuti fur hominis etiam mortuo eo tenetur . huic consequens esse ait, ut villae quoque et aedium incendio consumptarum pretium restituere cogatur: ubi enim quis, inquit, deiecit, per cum stetisse videtur, quo minus restitueret. §. 36: Idcirco constare ait, eum, qui vi deiecit quique vi [tum quoque ubi *scr*. M.] sine dolo malo desierit possidere, interdicto teneri.

Indessen zeigt gerade der Grundsatz, daß der für die Ausnahme herbeigezogene Gesichtspunct der Mora nichts weiter ist, als eine schiefe Redewendung, welche die Strenge eines der Obligation kraft ihres besondern Veranlassungsgrundes von vornherein eigenthümlichen Solls veranschau-

17) Wie Schmidt a. a. O. S. 44 f. zu N. 20 annimmt.

lichen will.[18]) Denn wenn es die Mora als solche wäre, was jene Strenge begründete, so müßte man erwarten, daß dieselbe auch bei allen anderen, mittels eines Interdictes verfolgbaren, Ansprüchen obligatorischer Natur die Haftung für das Interesse bewirkte; letztere würde spätestens ex interdicto reddito beginnen, regelmäßig aber schon mit einer vor der Erwirkung des Interdictes ordnungsmäßig vorgenommenen Mahnung. Dies jedoch ist entschieden nicht der Fall; vielmehr tritt bei anderen Interdicten die Haftung für das Interesse erst mit dem Erlasse des Interdictes ein, z. B. auch bei dem interdictum de precario, wiewohl der Impetrat vielleicht lange vorher zur Rückgabe aufgefordert ist und sehr wohl weiß, daß er zu derselben gezwungen werden kann.

Zwar wer mit Schmidt[19]) annimmt, daß erst der Erlaß des Interdictes eine rechtliche Verbindlichkeit begründe, mag dies für durchaus folgerecht halten. Er dürfte jedoch die Erklärung dafür schuldig bleiben, wie der Dejicient durch die Thatsache der Dejection an und für sich, also unter allen Umständen vor Erlaß des Interdictes, d. h. gemäß der Ansicht Schmidts vor dem Dasein einer Rechtsverbindlichkeit überhaupt, in Verzug oder doch in einen Zustand versetzt werden könne, welcher in seinen Wirkungen dem Verzuge vergleichbar ist. Wenn aber, wie ich glaube, auf dem Boden der Schmidtschen Ansicht hierfür eine Erklärung unerfindlich ist, so bildet schon dieser Umstand eine zwingende Instanz gegen jene Ansicht.[19a])

Vielmehr werden wir, von der entgegengesetzten Ansicht ausgehend, den mitgetheilten Quellenaussprüchen entnehmen müssen, daß die Römer diejenige Billigkeit, auf

18) Vgl. G. Hartmann die Obligation S. 237 f.
19) A. a. O. S. 189 ff.
19a) S. unten §. 1839a Ziffer 117 zu N. 7 ff.

welcher die ganze Lehre von der Mora beruht,[20]) auf die Interdicte nicht angewandt haben.[21])

Bestätigt finden wir dies durch l. 14 §. 11 D. de furt. 47, 2:

(*Ulp.* lib. 29. ad Sabin.) Is, qui precario servum rogaverat, subrepto eo potest quaeri, an habeat furti actionem . et cum non est contra eum civilis actio (quia simile donato precarium est) ideoque et interdictum necessarium visum est, non habebit furti actionem . plane post interdictum redditum puto etiam culpam praestare et ideo furti agere posse.

Würde nämlich der Erlaß des Interdictes den Precaristen in Verzug setzen, so würde derselbe nicht mit der Haftung für culpa abkommen, sondern müßte auch für gänzlich unverschuldete Vereitelung der Rückgabe einstehen.

Ja noch mehr! Auch die, ebenfalls der Billigkeit entsprungene, Unterscheidung zwischen der bona und der mala fides des Beklagten, welche für dessen Haftung gegenüber der rei vindicatio und der hereditatis petitio so wichtig ist, findet den Interdicten gegenüber keine Anwendung. Der Precarist, der doch durch die Aufforderung zur Rückgabe hinsichtlich der Erlaubtheit des fernern Behaltens der precario empfangenen Sache unzweifelhaft in mala fides geräth, haftet nichtsdestominder erst interdicto reddito für

20) L. 91 §. 3 D. de V. O. 45, 1: (Paul. lib. 17. ad Plautium). — Celsus adulescens scribit — esse — hanc quaestionem de bono et aequo.

21) So, wenn ich recht verstehe, in besonderer Beziehung auf das interdictum de precario richtig Göppert, über die organischen Erzeugnisse S. 119 N. 38: „von eigentlicher mora im technischen Sinn ist ja beim precarium ohnehin nicht die Rede;" — und entschieden Kniep, die Mora des Schuldners Bd. 2 S. 615. — Ueber l. 8 §. 6 D. de prec. 43, 26 vgl. unten N. 23.

das Interesse, und in Beziehung auf die Sache selbst sogar auch dann lediglich für diligentia, nicht für unverschuldete Vereitelung der Rückgabe. Dasselbe wird auch für den mit dem Quorum bonorum belangten bösgläubigen Besitzer von Sachen eines fremden Nachlasses gelten müssen, der hiernach also durchaus nicht strenger haftet, als der gutgläubige Besitzer.

So auffallend diese Thatsachen auf den ersten Blick sind, so ungesucht bietet sich m. E. ihre Erklärung.

Längst war die Haftung des Interdictenbeklagten für Früchte sowie für Ersatz bei der von ihm verschuldeten Vereitelung der ihm obliegenden Leistung festgestellt worden, als die Lehren von der mora solvendi und von der verschieden strengen Haftpflicht des bonae fidei possessor einerseits und des malae fidei possessor anderseits zur Entwickelung gelangten. Als aber Letzteres geschehen war, durfte man es für unnöthig erachten, die hiermit ausgebildeten Feinheiten auf die Interdicte zu erstrecken, bei denen man ohne sie mittels eines einfachen Satzes bis auf Einen Punct dasselbe erreichte, was mit jenen zu erreichen war.

Dieser einfache Satz besteht darin, daß ex interdicto reddito, ohne Rücksicht auf irgend einen andern Umstand, als auf eine vom Impetraten unverschuldete Vereitelung der ihm obliegenden Leistung, dessen Haftung auf alles das geht, was der Impetrant haben würde, wenn er sofort klaglos gestellt worden wäre, — daß m. a. W. die gleiche Steigerung der Haftung auf die s. g. omnis causa rei, welche bei den mit actiones verfolgbaren Ansprüchen durch die litis contestatio bewirkt wird, [22]) bei den mit Interdicten verfolgbaren durch Erlaß des Interdictes eintritt.

22) S. namentlich l. 31 pr. D. de R. Cr. 12, 1: (Paul. lib. 17. ad Plautium.) Cum fundus vel homo per condictionem petitus esset, puto hoc nos iure uti, ut post

L. 8 §. 6 D. de prec. 43, 26:
(*Ulp.* lib. 71. ad ed.) Et generaliter erit dicendum in restitutionem venire dolum et culpam latam dumtaxat, cetera non venire . plane post interdictum editum oportebit et dolum et culpam et omnem causam venire: nam ubi moram [23]) quis fecit precario, omnem causam debebit constituere.

Allerdings machte die Steigerung, welche die Litiscontestation auf die Haftung des Beklagten übte, eine ähnliche Steigerung infolge seiner Mora oder seiner mala fides nicht überflüssig: der Kläger hatte es ja gar nicht in der Hand, jederzeit die Litiscontestation vorzunehmen, war dieselbe doch an den rerum actus gebunden. Den Erlaß eines Interdictes dagegen konnte er jeden Augenblick erwirken, somit also jeden Augenblick die ihm vortheilhafte

iudicium acceptum causa omnis restituenda sit, id est omne, quod habiturus esset actor, si litis contestandae tempore solutus fuisset. l. 20 D. de R. V. 6, 1: (Gai. lib. 7. ad ed. prov.) — nec enim sufficit corpus ipsum restitui, sed opus est, ut et causa rei restituatur, id est, ut omne habeat petitor, quod habiturus foret, si eo tempore, quo iudicium accipiabatur, restitutus illi homo fuisset etc. l. 25 §. 8 D. de act. ed. 21, 1. l. 91 §. 7 D. de legat. I. l. 2. l. 3 §. 1. l. 38 §. 7 D. de usur. 22, 1. Göppert a. a. O. Vgl. oben §. 1838 Ziffer 88 S. 63 f.

23) Dieser Ausdruck hat hier nicht die technische Bedeutung, sondern bezeichnet, wie aus der Stelle selbst, namentlich in Verbindung mit §. 4 l. c., erhellt, die Nichtbefolgung des prätorischen Befehles. Göppert a. a. O. Kniep a. a. O. Bd. 1 S. 18. Aehnlich wird „mora“ gebraucht vom Ungehorsam gegen richterliches Geheiß in l. 15 §. 3 l. 17 §. 1 D. de R. V. 6, 1. Wetzell der röm. Vindicationsproceß S. 179 ff. v. Savigny System Bd. 6 S. 178 f.

Steigerung der gegnerischen Haftung veranlassen. Der Unterschied aber, welcher hiernach zwischen der Wirkung des interdictum redditum auf der einen Seite und der Wirkung der mora und der mala fides des Beklagten andererseits übrig bleibt, liegt lediglich in der verschiedenen Strenge der Haftung für Vereitelung der dem Beklagten obliegenden Leistung. Ex interdicto reddito haftet er nie über sein Verschulden hinaus; infolge seiner Mora haftet er unbedingt dafür, und zwar sofort; infolge seiner mala fides haftet er bis zur Litiscontestation nur wegen seines Verschuldens, nachher ebenfalls unbedingt. Dieser Unterschied ist aber gewiß nicht erheblich genug, eine Ausgleichung unumgänglich zu erheischen. So hat man das einmal ausgebildete Recht der Interdicte beibehalten, um so unbedenklicher da, wie wir gesehen haben, das Unde vi eine wichtige Ausnahme von diesem Rechte machte.

Es fragt sich aber, ob neben dieser Ausnahme nicht noch weitere anzuerkennen seien. Schmidt[24]) behauptet solche für das interdictum fraudatorium und das Quod vi aut clam. Beiden sei mit dem Unde vi das gemeinsam, daß ihnen obligationes ex delicto zugrunde liegen. Das leitende Princip werde sein: wer ex delicto verpflichtet ist, der leistet Früchte von dem Zeitpuncte des Delictes an, wie es denn auch keinen Grund gebe, den in l. 1 §. 35 cit. D. de vi herausgehobenen Gesichtspunct der mora ex delicto auf die beiden anderen Interdicte nicht anzuwenden.[25])

In der That ist uns das Einstehen des Impetraten auch für eine von ihm nicht verschuldete Vereitelung der ihm obliegenden Wiederherstellung des frühern Zustandes für jedes einzelne jener Interdicte bezeugt. Vom Quod vi aut

24) A. a. O. S. 41 ff.
25) A. a. O. S. 44 N. 19.

clam handelt l. 15 D. de vi 43, 16, welche in der fraglichen Beziehung dieses Interdict dem Unde vi ganz gleichstellt.

(*Paul.* lib. 13. ad Sabin.) Si vi me deieceris vel vi aut clam feceris, quamvis sine dolo et culpa amiseris possessionem, tamen damnandus es, quanti mea intersit, quia in eo ipso culpa tua praecessit, quod omnino vi deiecisti aut vi aut clam fecisti.

Auf das fraudatorium bezieht sich l. 25 §. 1 D. quae in fraud. 42, 8:

(*Venul.* lib. 6. interd.) Si a socero fraudatore sciens gener accepit dotem, tenebitur hac actione et, si restituerit eam, desinit dotem habere: nec quicquam emancipatae divortio facto restituturum *Labeo* ait, quia haec actio rei restituendae gratia, non poenae nomine daretur, ideoque absolvi solet reus, si restituerit. sed si priusquam creditores cum eo experirentur, reddiderit filiae dotem iudicio dotis nomine conventus, nihilo minus eum hac actioni teneri Labeo ait nec ullum regressum habiturum ad mulierem: sin vero sine iudice, videndum, an ulla repetitio competat ei. etc. [26])

Beim Quod vi aut clam ist uns auch die verschiedene Art der Feststellung des Interesse in den hierher gehörigen Fällen bekundet. Die Abschätzung geschieht durch

26) Windscheid Pand. Bd. 2 §. 463 N. 15. Ueber die abweichende Meinung v. Scheys, Zeitschr. für Rechtsgesch. Bd. 13 S. 169, der diese Stelle nicht beachtet, s. oben §. 1837 Ziffer 58 Thl. 1 S. 333 zu N. 8a. Obendrein aber versteht es sich bei Interdicten von selbst, daß qui dolo fecit, quo minus haberet, pro eo habendus est, ac si haberet. l. 157 §. 1 D. de R. J. 50, 17. S. oben §. 1837 Ziffer 58 Thl. 1 S. 337 zu N. 19.

den Eid des Impetranten, wenn der Thäter die Möglichkeit der Restitution dolo malo (oder, was wir auch hier gleichzustellen haben werden: culpa lata) verloren hat; sie geschieht in gewöhnlicher Weise durch den Richter, wenn jene Möglichkeit durch culpa (levis) abhanden gekommen ist, worunter wir nach l. 15 D. unde vi 43, 16 (s. oben S. 249) auch den Fall des ganz unverschuldeten Verlustes zu verstehen haben.

L. 15 §§. 9 sqq. D. quod vi 43, 24:

(*Ulp.* lib. 71. ad ed.) Sed quod interfuit, aut per iusiurandum, quod in litem actor iuraverit, aut, si iurare non possit, iudicis officio aestimandum est. §. 10: Eum autem, qui dolo malo fecerit, quo minus possit restituere, perinde habendum, ac si posset. §. 11: Culpam quoque in hoc interdicto venire erit probandum: quae tamen arbitrio iudicis aestimanda erit.

Und dieser Unterschied wird auch für das Unde vi und das fraudatorium zu beachten sein.

In Beziehung dagegen auf die fructuum praestatio behandeln die Römer nicht einmal die genannten Interdicte gleichmäßig.

Beim Quod vi aut clam hat der Thäter vollen Schadensersatz zu leisten;[27]) demgemäß muß er natürlich sämmtliche Früchte erstatten, welche infolge seines Handelns dem Gegner entgangen sind. Schwerlich jedoch ist es dies, was l. 38 §. 11 D. de usur. 22, 1 sagen will.

(*Paul.* lib. 6. ad Plautium.) In interdicto quoque Quod vi aut clam magis est, ut omnis causa et fructus restituantur.

Die Zusammenstellung der omnis causa, d. h. der durch den Proceßbeginn hinzukommenden Steigerung der

27) L. 15 §§. 7 sq. D. quod vi 43, 24.

Haftung,[27a]) mit den fructus macht es vielmehr überaus wahrscheinlich, daß unter den fructus auch solche gemeint sind, welche erst ex interdicto reddito erstattet werden. Und das hat insofern guten Sinn, als diese auch derjenige zu ersetzen hat, der an sich nur patientiam prästirt.[28]) Wenn Schmidt zur Begründung der entgegengesetzten Auffassung behauptet, unter dem fructus venire in actione seien nach dem Gesammtinhalte der l. 38 cit. ausschließlich solche Fruchtprästationen zu verstehen, welche Früchte von einem frühern Zeitpuncte, als dem des iudicium acceptum, umfassen, so dürfte das aus den einzelnen Entscheidungen der Stelle keinesweges folgen. Sagt doch §. 7 ausdrücklich, daß aus einer Stipulation auf erste Erlangung einer Sache die Früchte erst post acceptum iudicium prästirt werden. In der That lautet die im principium des Fragments aufgestellte Frage ganz allgemein: Videamus generali (generatim *Hal.*), quando in actione, quae est in personam, etiam fructus veniant; fructus venire in iudicium wird aber ganz entschieden auch dann gesagt, wenn die Früchte erst vom Augenblicke der Litiscontestation ersetzt werden müssen.[29]) Noch wahrscheinlicher wird unsere Deutung der l. 38 §. 11 cit. durch ein anderes Bruchstück aus dem nämlichen Buche desselben Werkes, l. 173 §. 1 D. de R. J. 50, 17:

Cum verbum „restituas“ lege invenitur, etsi non

27a) Göppert a. a. O. S. 112 ff.

28) Vgl. Schmidt a. a. O. S. 44 N. 18.

29) S. z. B. l. 1 §. 28 D. si quid in fraud. patr. 38, 5: (Ulp. lib. 44. ad ed.) In hanc actionem etiam fructus veniunt, qui sunt post litem contestatam percepti. l. 4 §. 2 D. fin. reg. 10, 1: (Paul. lib. 23. ad ed.) Post litem autem contestatam etiam fructus venient in hoc iudicio etc.

specialiter de fructibus additum est, tamen etiam fructus sunt restituendi.

Ohne Zweifel verallgemeinert diese, unverkennbar interpolirte, [30]) Stelle den nämlichen Gedanken, welche die l. 38 cit. §. 4 D. de usur. 22, 1, wie wir alsbald sehen werden, in ausschließlicher Beziehung auf das interdictum fraudatorium ausspricht, mag nun jene Verallgemeinerung erst Werk der Compilatoren sein, [31]) oder bereits dem Paulus, selbstverständlich in Beschränkung auf Interdicte, angehören. Nun aber wird sich sogleich zeigen, daß gerade beim fraudatorium Ersatz von Früchten aus der Zeit vor Erlaß des Interdictes nur soweit stattfindet, als solche im Augenblicke der fraudulosen Veräußerung mit der veräußerten Hauptsache zusammenhingen. Hiernach ist es kaum zulässig, in dem bloßen Ausdrucke „fructus restituantur" den Hinweis auf sämmtliche Früchte vom Augenblicke des vi aut clam factum zu erblicken. Paulus hat sicherlich diejenige Ansicht getheilt, welche Pomponius in einer Stelle ausspricht, deren principium, wie Schmidt [32]) hervorhebt, zeigt, daß sie sich auf Interdicte beziehe. Es ist dies l. 246 §. 1 D. de V. S. 50, 16:

(*Pompon.* lib. 16. epist.) Restituit non tantum, qui solum corpus, sed etiam qui omnem rem [33]) condicionemque reddita causa praestet: et tota restitutio iuris est interpretatio.

30) „Denn restituas weist auf eine Interdictsformel hin, jenem Juristen (Paulus) aber ist es sicher nie beigekommen, ein Interdict als lex zu bezeichnen." Schmidt a. a. O. S. 45.

31) Wie Schmidt a. a. O. annimmt; wohl auch Mommsen ad l. 173 §. 1 cit.

32) A. a. O.

33) Restituit non, qui solum corpus, sed qui omnem rem *scr.* (tantum *et* etiam *del.*) M.

Danach ist die Bedeutung des restituere Interpretationsfrage für den Einzelfall.

Dies bestätigt die Behandlung des fraudatorium. Auf dieses nämlich, nicht auf die Pauliana, bezieht gemäß ihrer inscriptio mit Recht Schmidt [34]) die l. 25 §§. 4 sqq. D. quae in fraud. 42, 8:

(*Venuleius* lib. 6. interdict.) §. 4: Non solum autem ipsam rem alienatam restitui oportet, sed et fructus, qui alienationis tempore terrae cohaerent, quia in bonis fraudatoris fuerunt, item eos, qui post inchoatum iudicium recepti [percepti *scr.* Krueger *sec.* M.] sint: medio autem tempore perceptos in restitutionem non venire . item partum ancillae per fraudem alienatae medio tempore editum in restitutionem non venire, quia in bonis non fuerit. §. 5: *Proculus* ait, si mulier post alienationem conceperit et, antequam ageretur, pepererit, nullam esse dubitationem, quin partus restitui non debeat: si vero, cum alienaretur, praegnas fuerit, posse dici partum quoque restitui oportere. §. 6: Fructus autem fundo cohaesisse non satis intellegere se *Labeo* ait, utrum dumtaxat qui maturi an etiam inmaturi fuerint, praetor significet: ceterum etiamsi de his senserit, qui maturi fuerint, nihilo magis possessionem restitui oportere . nam cum fundus alienaretur, quod ad eum fructusque eius attineret, unam quandam rem fuisse, id est fundum, cuius omnis generis alienationem fructus [cuius alienationem omnis generis fructus *scr.* Oosterdyk *sec.* M.] sequi: nec eum, qui hiberno habuerit fundum centum, si sub tempus messis vindemiaeve fructus eius vendere possit decem, idcirco duas res, id est fundum centum et fructus decem [eum] habere in-

34) A. a. O. S. 41 f.

tellegendum, sed unam, id est fundum centum [et decem *ins.*], si aut is quoque unam rem haberet, qui separatim solum aedium vendere possit.

Die hierin bezeugte Thatsache, daß das interdictum fraudatorium die Erstattung der Früchte aus der Zeit vor seinem Erlasse nur soweit anbefiehlt, als dieselben im Augenblicke der fraudulosen Veräußerung der Hauptsache mit dieser verbunden waren, erscheint nach Schmidts Auffassung als eine durch den Wortlaut des Interdictes: „Quae Lucius Titius fraudandi causa sciente te *in bonis*, quibus de agitur, *fecit*“ — gebotene Beschränkung einer Restitutionspflicht, welche ohne diese Beschränkung sich selbstverständlich auf sämmtliche Früchte der Zwischenzeit erstrecken würde. Allein jener Auffassung widerstreitet der deutliche Ausdruck unserer Stelle: daß die Früchte der Zwischenzeit nicht erstattet werden sollen, ist danach ganz und gar nicht als eine positive Beschränkung einer selbstverständlichen Pflicht; vielmehr gilt es umgekehrt als eine, auf der Fassung des Interdictes beruhende, positive Erweiterung der allgemeinen Verpflichtung, ex interdicto reddito die Früchte zu ersetzen, daß auch die im Augenblicke der Veräußerung mit der Hauptsache zusammenhangenden Früchte erstattet werden sollen. In der That kommen diese letzteren Früchte auch nicht ihrer Fruchteigenschaft halber zur Restitution, sondern weil sie in dem entscheidenden Augenblicke körperliche Theile der Sache gewesen sind, wie dies namentlich die Behandlung des zu den fructus bekanntlich nicht gerechneten partus ancillae in §. 5 leg. 25 cit. zeigt. Diese unsere Auffassung wird nicht im geringsten erschüttert durch l. 38 §. 4 D. de usur. 22, 1:

(*Paul.* lib. 6. ad Plautium.) In Fabiana quoque actione et Pauliana, per quam, quae in fraudem creditorum alienata sunt, revocantur, fructus quoque restituuntur: nam praetor id agit, ut perinde sint omnia,

atque si nihil alienatum esset: quod [35]) non est iniquum, nam et verbum „restituas“, quod in hac re praetor dixit, plenam habet significationem, ut fructus quoque restituantur.

Schmidt [36]) hat scharfsinnig bemerkt, daß das „restituas“ auf das interdictum fraudatorium hinweiset; [37]) dagegen ist die daran geknüpfte Behauptung, es sei damit

35) Mommsen will statt dessen lesen „quare,“ indem er die Worte „nam — significationem“ in Parenthese setzt und somit das „ut fructus quoque restituantur“ von „non est iniquum“ abhängig macht, m. E. nicht glücklich: denn die Restitution der Früchte wird ja ausdrücklich auf den Willen des Prätors zurückgeführt. Nun läßt sich gewiß begreifen, wie der Jurist dazu kommt, die Billigkeit dieses Willens zu rechtfertigen, kaum aber, wie aus der Thatsache dieses Willens die Pflicht zur Erstattung der Früchte erst mittels einer besondern Billigkeitserwägung hergeleitet werden mußte, während diese Pflicht doch offensichtlich unmittelbar im Willen des Prätors liegt. Vgl. Göppert a. a. O. S. 110. Die Worte „ut fructus restituantur“ bilden einfach die Erläuterung der plena significatio des „restituas“. So auch Lenel ed. perp. S. 399 §. 268 g. E.

36) A. a. O. S. 43 N. 16. — Unbegründet aber scheint mir die hier geäußerte Vermuthung, auch für die Fabiana habe, gerade wie für die Pauliana, ein Interdict früherhin bestanden: unter der res, in welcher der Prätor „restituas“ aussprach, ist eben nur die alienatio in fraudem creditorum zu verstehen, nicht auch die alienatio in fraudem patroni. Obendrein ist die Pauliana älter als das interdictum fraudatorium; und für die Aufstellung eines analogen Interdictes neben der Fabiana sprach der dringende Grund der Beschleunigung nicht, welcher das fraudatorium wünschenswerth machte. S. unten §. 1839 Ziffer 115 zu N. 58.

37) S. auch Lenel a. a. O.

„das Princip der Fruchtleistung" für das fraudatorium anerkannt, m. E. eine petitio principii, sofern damit etwa gesagt sein soll, ohne die durch den Wortlaut des Interdictes gezogene Einschränkung müßten gemäß diesem Principe, weil das fraudatorium ein Delict ahndet,[38]) sämmtliche Früchte von Zeit der fraudulosen Veräußerung an erstattet werden. In Wahrheit ergiebt diese Stelle das gerade Gegentheil. Paulus will seinen Ausspruch, es seien bei der Fabiana und der Pauliana neben der fraudulos veräußerten Hauptsache gemäß der Absicht des Prätors auch Früchte zu erstatten, noch verauschaulichen durch den Hinweis auf das ebenfalls gegen eine fraudulose Veräußerung gerichtete fraudatorium. Bei diesem nämlich enthielt das iudicium secutorium und die formula arbitraria einen ausdrücklichen Hinweis auf diejenigen Früchte, welche zur Zeit der Veräußerung Theile der Hauptsache gewesen waren;[39]) damit war handgreiflich ausgesprochen, daß das „restituas" des Interdictes neben der Hauptsache auch Früchte umfasse. Weit entfernt also, die grundsätzliche Erstreckung der Restitutionspflicht auf sämmtliche Früchte vom Augenblicke der Veräußerung zu bekunden, bezieht sich l. 38 §. 4 cit. auf eine Formel, welche die Fruchtrestitution in einem ganz engbegrenzten Umfange vorschreibt.[40])

38) Vgl. Schmidt a. a. O. S. 44 zu N. 19.

39) Lenel a. a. O. S. 399 §. 268 zu N. 3.

40) L. 10 §. 20 D. quae in fraud. cred. 42, 8, welche laut ihrer Inscription (Ulp. lib. 73. ad ed.) ebenfalls vom fraudatorium handelt (Lenel a. a. O. S. 398 N. 3), ist hiernach, wie sich übrigens schon aus ihrem Zusammenhange mit dem von der causa rei handelnden §. 19 ergiebt, auf die Früchte ex interdicto reddito zu beziehen. Vgl. Göppert a. a. O. S. 230 ff. N. 7, den freilich ein Druckfehler bei Windscheid Pand. Bd. 2 §. 463 N. 17 5. Aufl. S. 739 6. Aufl. S. 780 „auf die Zeit

Das von Schmidt für die Interdicte aus Delicten aufgestellte Princip besteht also nicht. Dies festzustellen ist um so wichtiger, als außer den genannten drei Interdicten zahlreiche andere ein Delict am Thäter ahnden, sofern sie gegen denjenigen gehen, qui dolo malo possidere oder habere desiit. Bestände jenes Princip wirklich, so müßte danach z. B. der dolo desinens possidere mittels des interdictum de precario oder des Quorum bonorum nicht nur einstehen für den Ersatz der Früchte vom Augenblicke seiner Besitzentäußerung an, sondern auch für unbedingten Ersatz der veräußerten Sachen. In Wahrheit haftet er für

vor dem Proceßbeginn" st. „nach dem Proceßbeginn") das Gegentheil von dem sagen läßt, was er wirklich sagt. Schmidt a. a. O. S. 42 N. 14 versteht l. 10 §§. 19 sq. cit. von der Pauliana, bei welcher nach ihm von der Veräußerung an sämmtliche Früchte, auch die percipiendae, zu ersetzen wären. — Es ist hier nicht zu untersuchen, ob die Pauliana in Beziehung auf die fructus anders behandelt wurde. Doch sei die Bemerkung gestattet, daß l. 10 §. 22 D. quae in fraud. 42, 8 der Annahme einer völlig gleichen Behandlung nicht entgegensteht. Wenn fraudulos eine zinstragende Forderung erlassen ist, so ist es selbstverständlich, daß nicht nur die Capitalforderung restituirt werden muß, sondern auch jede auf wirksamem Zinsversprechen beruhende Zinsforderung, welche ohne die fraudulose Aufhebung der Capitalforderung in der Zwischenzeit fällig geworden wäre: denn mit der Capitalforderung ist nothwendig auch diese Zinsforderung aufgehoben; und eben deshalb unterliegt auch ihre Aufhebung der revocatio. Dagegen werden andere, als aus wirksamem Zinsversprechen erwachsene, Zinsen, welche in der Zwischenzeit hätten gewonnen werden können, nicht erstattet; und dies dürfte gerade umgekehrt beweisen, daß auch die Pauliana keinesweges auf Ersatz des vollen Interesse vom Augenblicke der fraudulosen Veräußerung an gerichtet war.

die Früchte erst ex interdicto reddito und für die Sachen selbst nach diesem Augenblicke nur, soweit deren Restitution durch ein wirkliches Verschulden seinerseits vereitelt worden ist.

Uebrigens ist der in l. 3 D. h. t. für die praestatio fructuum aufgestellte Grundsatz bei der allgemeinen Fassung desselben keineswegs auf restitutorische Interdicte zu beschränken; vielmehr haftet der Impetrat auch nach Erlaß eines exhibitorischen oder eines prohibitorischen Interdicts für sämmtliche Früchte, welche sein interdictswidriges Verhalten dem Gegner entzogen hat. Nur eine oberflächliche Betrachtung könnte wähnen, für exhibitorische Interdicte das Gegentheil ausgesprochen zu finden in l. 22 D. de V. S. 50, 16:

(*Gai.* lib. 22. ad ed. prov.) Plus est in restitutione, quam in exhibitione: nam „exhibere“ est praesentiam corporis praebere, „restituere“ est etiam possessorem facere fructusque reddere: pleraque praeterea restitutionis verbo continentur.

Der hier erläuterte Gegensatz zwischen exhibere und restituere kommt freilich auch für Interdicte insofern in Betracht, als ein exhibitorisches Interdict niemals die Herausgabe von Früchten anbefiehlt, was einzelne restitutorische thun, nämlich das Unde vi, das Quod vi aut clam und in beschränkter Beziehung das fraudatorium. Ex interdicto reddito aber ist auch bei exhibitorischen Interdicten das volle Interesse zu ersetzen,[41]) und dazu können eben auch Früchte gehören.

Entsprechend wird auch die Steigerung der Haftung des Impetraten auf omnis diligentia ex interdicto reddito, welche uns für das restitutorische interdictum de precario bezeugt ist, auf exhibitorische Interdicte anzu-

41) L. 3 §§. 11 sqq. de tab. exh. 43, 5.

wenden sein. Bei prohibitorischen Interdicten, welche ein bloßes Unterlassen gebieten, kann davon natürlich nicht wohl die Rede sein.[42])

104. Eine weitere Bemerkung erheischt das officium iudicis bei den Klagen aus prohibitorischen Interdicten. Wie wir oben gesehen haben,[43]) wirken diese Interdicte ausschließlich für die Zukunft. Selbst da, wo sie die Fortdauer eines vom Impetraten veranlaßten Zustandes untersagen, geschieht dies doch nur, sofern in dieser Fortdauer eine vis adversus edictum liegt.[44]) Folgeweis kann das iudicium secutorium niemals auf Ersatz eines Schadens gehen, der vor dem Erlaß eines prohibitorischen Interdictes entstanden ist.[45]) Es verfolgt lediglich den Ersatz desjenigen Schadens, welcher aus dem adversus edictum factum erwachsen ist. Und hierzu gehört z. B. auch der nach Erlaß des Interdicts eingetretene Verlust des *ius* aquae ducendae durch den infolge einer interdictswidrigen Verhinderung veranlaßten non usus.[46])

42) Es wird genügen, beiläufig zu erwähnen, daß bei den actiones arbitrariae ex interdicto im allgemeinen gerade so wie bei anderen actiones arbitrariae dem Beklagten Frist gegeben wurde, den Gegner gemäß der zu dessen Gunsten ausgefallenen pronuntiatio klaglos zu stellen. cf. l. 4 §. 2 D. de hom. lib. exh. 43, 29 (s. oben §. 1838a Ziffer 90 N. 40 S. 110).

43) §. 1837 Thl. 1 Ziffer 61.

44) Das. Ziffer 63 und 64.

45) Schmidt a. a. O. S. 55 ff. unter C. S. auch Witte interd. Uti possidetis S. 79. Bruns Besitzklagen S. 44.

46) L. 1 §. 23 de aq. cott. 43, 20: (Ulp. lib. 70. ad ed.) Praeterea illud sciendum est, si, cum aquam duxisses, adversarius te prohibuerit, deinde tu interim ius aquae ducendae amiseris, in restitutionem hoc venire, ut tibi praestetur per hoc interdictum quod amisisti: et hoc

Wie wir gesehen haben,[47]) erfolgt die Instruction des iudicium secutorium nur eventuell, d. h. unter der Bedingung, si actor sponsione vicerit. Es kann m. a. W. in keinem Falle zum iudicium secutorium kommen, wo nicht der iudex ein adversus edictum factum als erwiesen betrachtet. Wenn also l. 2 §. 18 D. ne quid in loco publ. 43, 8 vom prohibitorischen Interdicte Ne quid in loco publico fiat bemerkt:

(*Ulp.* lib. 68. ad ed.) Si tamen adhuc nullum opus factum fuerit, officio iudicis continetur, uti caveatur non fieri: et ea omnia etiam in persona heredum ceterorumque successorum erunt cavenda,

so darf das keinesweges so verstanden werden, als ob diese Caution einem Impetraten auferlegt werden könnte, welcher in der Klage aus der sponsio freigesprochen werden müßte und seine Klage aus der restipulatio obendrein gewönne. Woher sollte dem iudex sponsionis ein derartiges officium zukommen? Es ist vielmehr auch in dem von Ulpian gemeinten Falle die Verurtheilung des Impetraten in der Sponsionsklage als geschehen vorauszusetzen, mithin ein adversus edictum factum unzweifelhaft. Aber dasselbe ist noch nicht zu einem opus gediehen, d. h. zu einer Ausführung, welche den Plan des Impetraten ersichtlich macht, sollte sie immerhin auch noch nicht gemäß seiner Absicht

verum puto. Lenel ed. perp. S. 385 §. 251 a. E. Aehnlich muß infolge des Unde vi utile des Usufructuars der infolge der Dejection desselben durch non usus erloschene Nießbrauch wieder hergestellt werden. L. 9 §. 1 D. de vi 43, 16. Hier aber tritt die Restitutionspflicht auch dann ein, wenn jener Verlust bereits vor Erlaß des Interdicts erfolgt sein sollte. Das Gleiche gilt hinsichtlich des Quod vi aut clam auch für andere Servituten, l. 15 §. 8 D. quod vi 43, 24.

47) §. 1838b Ziffer 92 S. 127 ff.

ganz vollendet sein;[48]) es sind vielmehr bis jetzt lediglich Vorbereitungen dazu getroffen worden, Vorbereitungen indessen, welche den Ungehorsam des Impetraten gegen das Interdict schon bethätigen. Impetrat hat z. B. nach dem Erlasse des Interdicts auf einem, dem öffentlichen Platze benachbarten, Privatgrundstücke Steine abladen lassen, welche erwiesenermaßen für den verbotenen Bau auf jenem Platze bestimmt sind; er hat Arbeiter für diesen Bau gedungen, die zwecks desselben erforderlichen Abmessungen vorgenommen, vielleicht schon einige Spatenstiche dazu gethan u. s. w.[48a])

48) Die Glosse ad h. l. verweiset auf l. 21 §. 3 D. de O. N. N. 39, 1: (Ulp. lib. 80. ad ed.) Opus autem factum accipimus non, si unum vel alterum cementum fuit impositum, sed si proponatur instar quoddam operis et quasi facies quaedam facta operis.

48a) Unverständlich ist mir die Meinung Pfersches Interdicte S. 136 f. Nachdem er durchaus richtig bemerkt hat, das iudicium secutorium, von dessen Wirkung hier die Rede sei, setze selbstverständlich voraus, daß der Beklagte auch im Sponsionsprocesse unterlegen sei, fragt er: wie kann der Beklagte unterliegen, wenn adhuc nullum opus factum erit? und beantwortet diese Frage so: „Für uns liegt keine Schwierigkeit vor, wenn wir an die früher erwähnte private Hinderung (nämlich durch operis novi nuntiatio oder durch die dem Quod vi aut clam vorhergehende prohibitio S. 134) denken. Der Kläger hat bei den ersten Vorbereitungen oder über Anzeige (sic) des Beklagten nuntiirt oder prohibirt und sodann, etwa bei der Remissionsverhandlung, das prohibitorische Interdict erlangt. Der Streit dreht sich natürlich(?) nur um die Bedingungen des Interdicts: Publicität des Grundes, Concession des Bauenden, voraussichtlicher Schaden des Klägers; der Proceß kann daher auch ohne wirkliche Bauführung des Beklagten mit einer Verurtheilung desselben enden.“ Wo steckt aber hier das ad-

Daß jener Ausspruch in dieser Weise verstanden werden muß, bestätigt die Schlußbemerkung, wonach auch in persona heredum cavirt werden soll. Mag dies nun, wie wohl am nächsten liegt, heißen, der Impetrat habe die Caution auf seine Erben mitabzustellen,[48b]) oder mag es zugleich bedeuten, daß die Pflicht, jene Caution zu bestellen, auf seine Erben übergeht: in beiden Fällen überträgt sich die für ihn begründete Rechtspflicht auf seine Erben. Nun aber wissen wir, daß aus dem Erlasse eines prohibitorischen Interdictes eine Verpflichtung für die Erben des Impetraten regelmäßig nur dann erwächst, wenn der Letztere selbst dem ihm ertheilten Verbote bereits zuwider gehandelt hat.[49]) Ein Grund jedoch, für das hier fragliche Verhältniß eine Ausnahme zu machen, liegt gewiß nicht vor. Somit müssen wir annehmen, daß der Impetrat selbst ein adversus edictum factum sich hat zu schulden kommen lassen.

Für die entgegengesetzte Auffassung beruft sich Schmidt[50]) darauf, daß auch in anderen Processen dem Beklagten, obwohl derselbe freigesprochen werden müsse, zuweilen eine Caution auferlegt werde.[51]) Allein in derartigen Fällen

versus edictum facere, welches den Sieg des Impetranten im Sponsionsprocesse bedingt?

48b) So faßt es auf Stölzel, die Lehre von der operis novi nunciatio S. 160.

49) S. oben §. 1837 Ziffer 67 Thl. 1 S. 388 ff. §. 1838 Ziffer 88 S. 65 ff.

50) A. a. O. S. 278 f. zu N. 6. Auch Burckhard in diesem Commentar Serie der Bücher 39. und 40. Thl. 1 S. 360 f. N. 12 nimmt die Möglichkeit an, daß der Impetrat zu einer Cautionsleistung angehalten werden könne, bevor er contra edictum gehandelt hat.

51) Schmidt führt dafür in Note 6 cit. an §. 1 J. de div. stipul. 3, 18. l. 21 D. de R. V. 6, 1. l. 4 §. 1 D. de

steht in Wahrheit die Pflicht des Beklagten, zu restituiren, stets ganz außer Zweifel; es handelt sich nur um die nähere Maßgabe für die Erfüllung dieser Pflicht; es darf mithin ohne Leistung der erforderlichen Caution von einer Freisprechung ebensowenig die Rede sein, als eine solche anderswo statthaft wäre, wenn nicht vollständig restituirt wird. [52])

Aus einem prohibitorischen Interdicte jedoch entspringt überhaupt eine Pflicht zu positiver Leistung nur dann, wenn dem Verbote zuwider gehandelt worden ist. Sicherlich ist es demnach im Gegensatze zu Schmidt[53]) ganz und gar für unzulässig zu erachten, daß dem mit der Klage aus dem Uti possidetis (oder wohl genauer aus dem prohibitorischen interdictum secundarium prohibitorium) Belangten, welcher freigesprochen werden müßte, weil er noch keine Störung vorgenommen hat, eine verbalis cautio de non turbando auferlegt worden wäre.

eo, quod certo loco. Anwendungen der in §. 1 J. cit. gemeinten cautio de dolo geben l. 18. l. 20 i. f. und l. 45 D. de R. V. 6, 1. l. 9 §. 5 D. quod met. 4, 2. l. 15 D. de pign. act. 13, 7. l. 25 §. 1 D. sol. matr. 24, 3. l. 7. l. 12 D. si serv. 8, 5.

52) L. 7 cit. D. si serv. 8, 5: — si vero neque rem praestat, neque cautionem, tanti condemnat, quanti actor in litem iuraverit. Dies gilt auch für den Fall der l. 21 cit. D. de R. V. 6, 1: der gutgläubige Besitzer wird durch die von ihm unverschuldete Flucht des mit der rei vindicatio ihm abverlangten Sclaven von der ihm gemäß der pronuntiatio secundum actorem obliegenden Restitutionspflicht eben nicht vollständig befreit; jene Pflicht bleibt bestehen für den Fall, daß er den Besitz des Sclaven wieder erlangen sollte, und eine derartige Pflicht läßt sich zur Zeit nur mittels einer Caution erledigen.

53) A. a. O. S. 279 N. 9.

Demgemäß müssen wir auch in einer andern Stelle, welche sich auf die Anordnung einer Caution in dem iudicium secutorium aus einem prohibitorischen Interdicte bezieht, als Thatbestand voraussetzen, daß nach Erlaß des Interdictes ein facere adversus edictum bereits eingetreten sei. Wir meinen l. 15 D. de O. N. N. 39, 1:

(*African.* lib. 9. quaest.) Si prius, quam aedificatum esset, ageretur, ius vicino non esse, aedes altius tollere, nec res ab eo defenderetur, partes iudicis non alias futuras fuisse ait, quam ut eum, cum quo ageretur, cavere iuberet, non prius se aedificaturum, quam ultro egisset, ius sibi esse, altius tollere . idemque e contrario, si, cum quis agere vellet, ius sibi esse, invito adversario altius tollere, eo non defendente similiter, inquit, officio iudicis continebitur, ut cavere adversarium iuberet, nec opus novum se nuntiaturum, nec aedificanti vis facturum, eaque ratione hactenus is, qui rem non defenderet, punietur, ut de iure suo probare necesse haberet: id enim esse petitoris partes sustinere.

Wenn der vor einem beabsichtigten Höherbauen mit der confessoria aus einer angeblichen servitus altius non tollendi Belangte sich gegen diese Klage nicht gehörig vertheidigt, namentlich nicht cautio iudicatum solvi macht, so wird infolge dieser mangelnden defensio eine Vertauschung der Parteirollen in der Art bewirkt, daß der indefensus nunmehr das Höherbauen solange unterlassen muß, bis er seinerseits mit der negatoria wider die angebliche servitus altius tollendi des Gegners obgesiegt hat. Vertheidigt umgekehrt der mit der negatoria belangte Prätendent der servitus altius non tollendi sich gegen diese Klage nicht, so darf er solange den nunmehr vorgenommenen Bau weder mit der operis novi nuntiatio noch thatsächlich hindern, als er nicht seinerseits mittels der confessoria sein Ver-

bietungsrecht erstritten hat. In beiden Fällen wird das Unterlassen des Höherbauens bezw. die Behinderung desselben mittels des prohibitorischen Interdictes Quam servitutem erzwungen. Ist nach dem Erlaß dieses Interdictes demselben zuwider gehandelt worden, und hat demgemäß der Impetrant die Klage aus der sponsio: an adversus edictum factum sit — gewonnen, so legt der iudex im iudicium secutorium dem Impetraten bei Vermeidung der Verurtheilung in die litis aestimatio Caution wegen künftiger Unterlassung des ihm verbotenen Thuns auf. [54])

54) Burckhard a. a. O. S. 351 ff. Lenel a. a. O. S. 386 f. §. 255. — L. 15 cit. (vv.: partes iudicis — officio iudicis continebitur) wie l. 2 §. 18 cit. (v. officio iudicis continetur) widerlegen ohne weiteres die Ansicht Rudorffs Zeitschr. für geschichtliche Rechtswissenschaft Bd. 11 S 357, der Judex im Sponsionenprocesse (richtiger: im iudicium secutorium) habe nicht die Macht gehabt, eine Caution aufzuerlegen. S. Rudorff selbst in der nämlichen Zeitschrift Bd. 9 S. 36 f. Schmidt a. a. O. S. 279 zu N. 7. Burckhard a. a. O. S. 359 zu N. 10. — Auch die im ersten Falle der l. 60 §. 1 D. de usufr. 7, 1 erwähnte Caution des gegen die confessoria des angeblichen Nießbrauchers sich nicht defendirenden besitzenden Eigenthumsprätendenten, welche ein Stück der im restitutorischen interdictum Quem usumfructum geltend gemachten Restitutionspflicht ausmacht, wird nöthigenfalls vom iudex im iudicium secutorium bezw. in der arbitraria actio aus diesem Interdicte auferlegt. Lenel a. a. O. S. 382 N. 9. Ebenso werden die beiden in l. 7 D. de aq. cott. 43, 20 erwähnten Cautionen, welche die mit der confessoria oder der negatoria wegen einer Rusticalservitut Belangten bei mangelnder Defension zu leisten haben, vom iudex im iudicium secutorium aus dem prohibitorischen interdictum Quam servitutem auferlegt. Burckhard a. a. O. S. 354 ff. Lenel a. a. O. S. 386 f. — Ob auch im Falle der l. 45 D.

Fraglich bleibt der praktische Zweck dieser Cautionsleistungen. Schmidt[55]) und Burckhard[56]) meinen, die Caution habe, analog der iudicialis stipulatio, welche der auf id quod facere potest Verurtheilte zu leisten hatte, die kraft der Klage aus dem Interdicte erfolgte Consumption der aus demselben erwachsenen Verpflichtung unschädlich,[57]) also eine abermalige Erwirkung des Interdictes unnöthig machen sollen. Wir vermögen dem nicht zuzustimmen. Denn, wie wir oben[58]) gesehen haben, kann der

de damn. inf. 39, 2 eine Caution stattfand, wie Pfersche a. a. O. S. 109 annimmt, dürfte doch höchst fraglich sein. Es wäre m. E. recht gut denkbar, daß der Prätor dem Servitutenprätendenten erst dann ein Interdict zwecks Niederlegung des servitutwidrigen Baues ertheilt hätte, wenn die Frist verstrichen war, welche er dem nichtdefendirenden Gegner zur Anstellung seiner negatoria gewähren wollte. Uebrigens läßt das fragliche Interdict sich füglich als prohibitorisch denken, nämlich dahin gefaßt, daß der indefensus den Impetranten am Niederreißen des servitutwidrigen Baus nicht hindere. Jedenfalls wäre es eine außerordentlich harte Strafe der mangelnden defensio, wenn der indefensus auf seine Kosten den Bau beseitigen sollte: genug, wenn er denselben preisgeben muß. Wird in anderen Fällen die patientia destruendi mittels eines restitutorischen Interdictes erzwungen, so erklärt sich dies daraus, daß das nämliche Interdict in erster Linie das Wiederherstellen des frühern Zustandes dem Impetraten selbst auferlegt; in unserm Falle würde dagegen, sofern unsere Ansicht begründet sein sollte, das fragliche Interdict ausschließlich auf praestatio patientiae gehen. A. M. Lenel a. a. O. S. 387. Pfersche a. a. O.

55) A. a. O. S. 279 zu N. 8.

56) A. a. O. S. 360 N. 11.

57) L. 63 §. 4 D. pro soc. 17, 2. Francke Arch. für die Civil. Prax. Bd. 23 S. 414 ff.

58) §. 1838 Ziffer 88 S. 83.

Impetrat auf Grund des gegen ihn erlassenen Interdictes wegen jeder neuen Uebertretung desselben immer von neuem zur sponsio darüber und zu dem aus der sponsio sich entwickelnden Verfahren genöthigt werden; einer Caution bedarf es deshalb nicht. Ebenso wenig dürften unsere Cautionen auf Realsicherheit abzwecken: daß sie solche gebracht hätten, ist nirgends angedeutet und schwerlich selbstverständlich.[58a]) Uebrigens gebietet nichts, ihnen einen gleichartigen Zweck beizulegen. Vielmehr scheint uns die Caution der l. 2 §. 18 cit. eine wesentlich andere Bedeutung zu haben, als die Cautionen der l. 15 cit. Die letzteren sind in der That s. g. cautiones de non amplius turbando, wie solche bei der negatoria in rem actio und bei der confessoria vorkommen.[59]) Sie enthalten das allgemeine Versprechen, ein jedes Zuwiderhandeln für die Zukunft zu unterlassen; eben die Pflicht des Beklagten zu diesem Unterlassen bildet den Inhalt des dem Kläger zuerkannten Rechtes, nämlich bei der negatoria des Eigenthums, bei der confessoria der Servitut, in den Fällen der l. 15 des Besitzes der servitus altius non tollendi bezw. der Freiheit von derselben: die Caution dient zur Ermöglichung der Zwangsvollstreckung jenes Rechtes. Ohne Zweifel wurde sie deshalb auf eine bestimmte Strafzahlung für jeden Fall des Zuwiderhandelns abgestellt. Ganz anders liegt das Verhältniß in l. 2 §. 18 cit. Von einem Rechte des siegreichen Impetranten ist hier schlechterdings keine Rede; es ist durch das Urtheil

58a) Vgl. Pfersche a. a. O. S. 111, der jedoch für einige Fälle, z. B. de mortuo inferendo, de arboribus caedendis, Realcaution für anwendbar und passend hält. Es dürfte indessen mindestens zweifelhaft sein, ob in diesen Fällen überhaupt eine Caution stattfand. S. unten nach N. 60d.

59) L. 7. l. 12 D. si serv. 8, 5.

über die Sponsion lediglich festgestellt worden, daß das einzelne, vom Impetraten beabsichtigte, opus in publico den Impetranten benachtheiligen werde: gerade dieses Werk soll unterbleiben; es wäre zwecklos, die Caution auf irgend ein anderes opus zu erstrecken, welches der Impetrat irgend einmal zum Nachtheil des Impetranten in publico beginnen könnte. In ihrer Beschränkung dagegen auf dasjenige opus, in dessen Vorbereitung ein adversus edictum factum befunden worden ist, erscheint die Caution überaus zweckmäßig. Würde nämlich der Impetrat ungeachtet seiner Verurtheilung aus der Sponsion im iudicium secutorium einfach freigesprochen, weil jenes opus noch nicht gemacht, sondern nur vorbereitet worden ist, so würde es mindestens zweifelhaft bleiben, ob der Impetrant nach Herstellung des opus deswegen nochmals aus dem früher erwirkten Interdicte würde klagen können; der Einwand liegt nahe, es handle sich um die nämliche adversus edictum factum, dessen wegen bereits einmal geklagt worden ist. Gewiß aber würde die einfache Freisprechung im secutorium den Impetraten ermuthigen, mit seinem Vorhaben fortzufahren. Darum soll er caviren, eben dieses Vorhaben zu unterlassen, wenn er ungeachtet seiner Verurtheilung aus der Sponsion im secutorium freigesprochen werden will. [60])

Ganz willkürlich und irrig übrigens ist es, wie in diesem Zusammenhange bemerkt sein mag, wenn Pfersche [60a]) „die Hauptwirkung der prohibitorischen Interdicte in der Sicherung gegen künftige Verletzung" erblickt, sofern nämlich diese Sicherung nach seiner Ansicht „sowohl durch urtheilsmäßige Feststellung der Unterlassungspflicht, als durch das dem Beklagten abverlangte Versprechen der Nicht-

60) Vgl. Stölzel die Lehre von der operis novi nunciatio u. s. w. S. 159 f.

60a) Interdicte S. 110.

verletzung bewirkt wird." Das condemnatorische Urtheil im iudicium über die Sponsion geht einfach dahin, daß Impetrat schuldig sei, die von ihr unter der Bedingung: si adversus edictum factum est — versprochene Summe zu zahlen, eine „urtheilsmäßige Feststellung der Unterlassungspflicht" kann hier schlechterdings nur in dem Sinne stattfinden, daß jene Condemnation die richterliche Annahme eines adversus edictum factum voraussetzt. Nicht mehr Platz ist dafür im iudicium secutorium. Denn selbst wo dieses ein iudicium arbitrarium ist, [60b]) ergeht darin keine besondere pronuntiatio über das Dasein des maßgebenden Verhältnisses: dieselbe wird durch das Urtheil über die Sponsion ersetzt. [60bb]) Der s. g. iussus iudicis de restituendo aber, auch wenn wir ihn gemäß der herrschenden Ansicht auffassen, [60c]) gebietet nichts Weiteres, als was auf der feststehenden Grundlage des maßgebenden Verhältnisses zur Befriedigung des Impetranten im Einzelfalle zu geschehen hat, vermag also die angebliche „Unterlassungspflicht" keineswegs „urtheilsmäßig" festzustellen, sondern nur dasjenige anzuordnen, was infolge des adversus edictum factum jetzt dem Impetranten geleistet werden muß. Hierzu jedoch gehört durchaus nicht immer die Anordnung einer Caution. Was für einen Zweck sollte eine solche z. B. in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle beim interdictum de migrando haben, wenn der Impetrat nach Verurtheilung aus der Sponsion den Miether nunmehr ungehindert mit sämmtlichen Invecten und Illaten abziehen läßt? Im einzelnen Falle freilich könnte sie immerhin nützlich sein, z. B.

60b) S. oben §. 1838b Ziffer 93 S. 136 zu N. 32 ff.

60bb) Es ist wohl nur ein Versehen, wenn Pfersche S. 136 davon redet, was dem Beklagten durch die Pronuntiation im iudicium secutorium auferlegt werden kann.

60c) Vgl. oben §. 1838 Ziffer 84 S. 27 ff. zu N. 40 ff.

wenn etwa ein erkrankter Sclave des Impetranten zur Zeit noch in der Miethwohnung zurückbleibt. Ebenso zwecklos wäre eine Caution wegen künftiger Nichtbehinderung an der Besitznahme der Invecten und Illaten beim Salvianum oder an dem Abhauen und der Aneignung des Ueberhanges, welchen der Impetrat selbst nicht ordnungsmäßig beseitigt haben werde, bei den interdicta de arboribus caedendis, — und überhaupt da, wo der gesammte Anspruch des Impetranten, soweit derselbe eben durch ein prohibitorisches Interdict geschützt wird, sich mit der Ausgleichung eines einmaligen adversus edictum factum erschöpft. Dies scheint mir namentlich auch der Fall zu sein bei allen prohibitorischen Popularinterdicten: der Impetrant erhält hier ex interdicto reddito durchaus nicht ein privates Verbietungsrecht für alle Zukunft, sondern lediglich die Befugniß, von neuem auf eine sponsio, an adversus edictum factum sit, zu provociren, sobald er ein solches factum behauptet; er selbst muß dann abermals das periculum restipulationis übernehmen. In der That liegt doch auch in dem nackten Umstande, daß jemand Einmal z. B. auf einen öffentlichen Weg, etwa durch Aufwerfen von Steinen, nachtheilig eingewirkt hat, schlechterdings noch kein Grund zu der Besorgniß, er werde dergleichen wiederholen: eine Caution deswegen würde meist geradezu abgeschmackt erscheinen. Das öffentliche Interesse aber ist durch die erwähnte Befugniß des Impetranten genügend gedeckt; sollte jedoch derselbe ungeachtet einer neuen, dieses Interesse gefährdenden, Verletzung des Interdictes von jener Befugniß keinen Gebrauch machen, so wird der Prätor gewiß nicht zögern, einem andern Bürger das nämliche Interdict von neuem zu ertheilen. [60d])

Cautionen zwecks Vermeidung der Verurtheilung im

60d) S. oben §. 1838 Ziffer 88 S. 79 f.

iudicium secutorium aus einem prohibitorischen Interdicte sind, abgesehen von ganz besonderen Verhältnissen, wie es das in l. 2 §. 18 D. ne quid in loco publ. 43, 8 cit. behandelte ist, nur da erforderlich, wo das Interdict, um dessen Verletzung die Sponsion eingegangen worden ist, ein zu längerer Ausübung geeignetes Privatrecht des Impetranten voraussetzt, dessen wesentlicher Inhalt gerade das Verbot einer gewissen Handlungsweise des Impetraten bildet. Hierher gehören die beiden Fälle der l. 15 D. de O. N. N. 39, 1 cit., ferner gemäß dem Vorbild der confessoria actio das interdictum de itinere reficiendo und dem entsprechend auch die Interdicte zum Schutze der iuris quasi-possessio von Servituten, wie gewiß nicht minder die interdicta de cloaca privata und de glande legenda. Zweifelhafter erscheint schon der Fall des secundarium prohibitorium aus dem Uti possidetis, insbesondere vermöge der Erwägung, daß weder bei dem secutorium aus dem secundarium restitutorium, noch auch bei dem Cascellianum eine derartige Caution geleistet wurde. Allein wenn diese beiden Nachklagen der rei vindicatio entsprechen, bei welcher der unterliegende Besitzer um der Verurtheilung zu entgehen, eben restituiren, nicht caviren muß, so entspricht jenes secutorium der negatoria in rem actio, bei welcher umgekehrt die Verurtheilung nur durch cautio de non amplius turbando vermieden werden kann. Dagegen dürfte es sehr fraglich bleiben, ob z. B. der Impetrat, der im interdictum de mortuo inferendo unterlag, unter allen Umständen zu caviren hatte. Denn wenngleich das mittels dieses Interdictes geschützte Verhältniß in einem bleibenden Rechte des Impetranten besteht, kraft dessen er die Hinderung einer Beerdigung verbieten kann, so wird doch in sehr vielen Fällen der Gedanke an eine Wiederholung der Hinderung durch den Impetraten sehr fern liegen.

Soweit sich nicht etwa analog der confessoria und

negatoria ein fester Gerichtsgebrauch gebildet hatte, war es demnach wahrscheinlich im Einzelfalle dem pflichtmäßigen Ermessen des Geschwornen anheimgestellt, ob und worüber er eine Caution von dem im Sponsionsprocesse aus einem prohibitorischen Interdicte verurtheilten Impetraten fordern wollte, um denselben im iudicium secutorium absolviren zu können. Jedenfalls glauben wir die Behauptung Pfersches [60e]) entschieden bestreiten zu müssen, daß „bei allen prohibitorischen Privatinterdicten der Gegenstand der Abschätzung, außer dem Inhalt der Proceßobligation (wir verstehen darunter den Schadensersatz für das adversus edictum factum), das urtheilsmäßig aufgetragene künftige Unterlassen des Beklagten" sei. [60f])

Unter Umständen liegt ein Zuwiderhandeln gegen ein prohibitorisches Interdict darin, daß der Impetrat nicht, so gut er es vermag, eine schädliche Einwirkung von dritter Seite abwehrt. Hat er solche Abwehr redlich, aber erfolglos versucht, so muß er auch in der Sponsionsklage frei-

60e) S. 116.

60f) Pfersche a. a. O. S. 149 kennt noch eine andere Anwendung der Caution im Interdictenverfahren. Wenn dem rei servandae causa Immittirten die bisher versäumte Defension angeboten wird, so muß er nunmehr die Detention der infolge seiner missio beschlagnahmten Sachen fahren lassen, sonst kann der Gegner ihn mittels eines Interdictes daraus vertreiben. l. 5. §. 3. i. f. D. quib. ex. c. in poss. 42, 4. Pfersche meint nun, der, um den Erlaß dieses Interdictes angegangene, Prätor erkläre, er werde dasselbe ertheilen, und frage „natürlich (?!) den Beklagten, ob er Folge leisten wolle. Will das der Beklagte, so muß er sich sogleich civilrechtlich binden durch Caution. Will er sich nicht sofort unterwerfen, so erfolgt der — hier meist nur formell bedingte — Interdictsbefehl, die Provocation und der Proceß, in dem der Kläger nothwendig (?!) siegen muß."

gesprochen werden. Andernfalls wird er auf Grund seiner Verurtheilung ex sponsione mittels des secutorium iudicium nur dazu angehalten, nach Anweisung des Impetranten die ihm zuständigen Rechtsbehelfe zur Abwehr jener Einwirkung anzustellen oder, was wir wohl hinzusetzen dürfen, sie dem Impetranten zu cediren. Hiervon handelt dieselbe l. 2 D. 43, 8 in §. 28 (s. oben §. 1837 Ziffer 63 Thl. 1 S. 372).

105. 3) Was die Condemnation und die Zwangsvollstreckung aus den iudicia secutoria und den arbitrariae actiones aus Interdicten anbetrifft, so muß derjenige, welcher die l. 68 D. de R. V. 6, 1 für echt hält, Verurtheilung in ipsam rem und Naturalexecution bei jenen Klagen mindestens soweit anerkennen, als dieselben arbitrariae sind und auf Herausgabe von Sachen gehen.[61]) Wer dagegen wie wir die Vorschrift über die Naturalexecution in jener Stelle für eine Interpolation ansieht, wird Verurtheilung auf Naturalleistung und Zwangsvollstreckung auf solche auch bei den fraglichen Interdicten nur dann annehmen dürfen, wenn er entweder aus der allgemeinen Natur der Interdicte, oder aus der Besonderheit des einzelnen Interdictes einen entscheidenden Grund dafür herzuleiten vermag.

Einen solchen Grund in der Natur der Interdicte überhaupt zu erblicken, verbietet nun aber l. 3 §. 13 D. de hom. lib. exh. 43, 29:

(*Ulp.* lib. 71. ad ed.) — si tamen reus condemnatus malit litis aestimationem sufferre quam hominem exhibere, non est iniquum, saepius in eum interdicto

61) Bruns Zeitschrift für Rechtsgeschichte Bd. 3 S. 397 (kl. Schr. S. 360). — Ueber l. 68 cit. vgl. O. E. Hartmann röm. Gerichtsverfassung S. 515 ff.

experiri (permitti *ins.* Pothier) vel eidem sine exceptione vel alii.

Denn wenn selbst bei dem zum Schutze der persönlichen Freiheit eingeführten Interdicte [62]) Verurtheilung und Zwangsvollstreckung auf die Naturalleistung ausgeschlossen war, so ist das um so vielmehr bei Interdicten auf Herausgabe von Sachen und auf andere Vermögensleistungen anzunehmen. [63])

Auch Huschke [63a]) erkennt für das Formularverfahren eine Verurtheilung auf Geld im iudicium secutorium an, will jedoch neben dieser Verurtheilung unter einer gewissen Voraussetzung Coercition des Prätors eintreten lassen, d. h. obrigkeitliche Machtmittel, welche den Ungehorsam des Impetraten brechen sollen, namentlich multae dictio und pignoris captio. [63b]) Er sagt: „War nach der multae certatio die richterliche Purification des Interdicts zu Gunsten des Klägers geschehen, so steht der Annahme nichts entgegen, daß der Prätor schon zur Zeit des Multverfahrens und damals nur durch eigene Coercition, statt der Rechtsfolgen aus der spätern Verurtheilung auf Geld in dem secutorium iudicium, den Ungehorsamen auch zur Schadloshaltung des Klägers ex interdicto nöthigte, so wie die-

62) L. 1 §. 1 eod.: Hoc interdictum proponitur tuendae libertatis causa, videlicet ne homines liberi retineantur a quoquam.

63) Bruns a. a. O. So giebt l. 3 §. 13 cit. neben l. 3 §. 2 D. de reb. eor. qui sub tut. 27, 9 zugleich einen zwingenden Beweis gegen die Echtheit der l. 68 D. de R. V. 6, 1 ab. Francke Commentar über den Pandectentitel de hered. pet. S. 49 f. Burckhard in diesem Commentar Ser. der Bücher 39. u. 40. Thl. 1 S. 232 f. N. 93.

63a) Multa und Sacramentum S. 91.

63b) Vgl. das. S. 5 f. S. 9 f.

ses auch später noch dann geschah, wenn und soweit der Ungehorsam gegen das prohibitorische Interdict noch über das dadurch verbotene facere hinausging, was allein unter das bloße secutorium iudicium fiel." Die Anmerkung 229 hierzu führt als Beleg auf l. un. §. 12 (nicht 4) D. ne quid in flum. 43, 13 (*Ulp.* lib. 68. ad ed.):

> Hoc interdictum restitutorium proponitur: superius enim prohibitorium est et pertinet ad ea, quae nondum facta sunt. si quid igitur iam factum est, per hoc interdictum restituetur: si quid ne fiat prospicitur, superiore interdicto erit utendum, [quo *ins.* M.] et si quid post interdictum redditum fuerit factum, coercebitur.

„Das heißt," fügt Huschke bei, „der Prätor sorgt dann durch Coercitionen dafür, daß ein solches iam factum restituirt wird. Auch recuperatorische Urtheile wurden zur Zeit der noch geltenden Legis-Actionen nur durch prätorischen Zwang vollstreckt. Plaut. Bacch. II, 3, 37." [63c])

Die hierbei angenommene Verbindung einer Geldcondemnation und einer Coercition im Sinne Huschkes ist jedoch etwas so Absonderliches, und ihre Voraussetzungen erscheinen so unklar („wenn und soweit der Ungehorsam gegen das prohibitorische Interdict noch über das dadurch verbotene facere hinausging"), daß sie besser beglaubigt sein müßte, als mittels des Ausdrucks coercere, der ja jede Art des Zwanges bezeichnen kann, und so auch den durch das Interdictenverfahren überhaupt, ohne Rücksicht auf seine Durchführung im einzelnen, geübten Zwang. Nehmen wir vollends die von Mommsen vorgeschlagene Einschaltung des Wörtchens *quo* an, so ist letztere Bezieh-

63c) Postquam quidem praetor recuperatores dedit, Damnatus demum, vi coactus reddidit Mille et ducentos Philippos.

ung nothwendig gegeben. Ebenso spricht die plautinische Stelle von einer erst auf Verurtheilung, zwangsweise erfolgten Zahlung; über die besondere Art dieses Zwanges enthält sie auch in dem vi nicht einmal eine Andeutung; ich meine, der mittels „Gewalt" geübte Zwang liegt eben in der Verurtheilung und der an dieselbe sich anschließenden weiteren Folgen, gleichviel wie sie im einzelnen beschaffen waren.[63d])

Es bleibt die Frage, ob nicht wenigstens das Wesen gewisser Interdicte die Naturalexecution mit sich gebracht habe.

In der That spricht auf den ersten Blick manches dafür, daß dies bei Popularinterdicten der Fall gewesen sei. Wo das allgemeine Interesse die Beseitigung einer dasselbe beeinträchtigenden Vorrichtung erfordert, da erscheint es als nahezu selbstverständlich, daß der Prätor nicht nur den Impetraten, der trotz seiner Verurtheilung in der Sponsionsklage jene Vorrichtung nicht alsbald beseitigte, mit den gewöhnlichen Strafmitteln dazu nöthigen, sondern geradezu die Wiederherstellung des frühern Zustandes auf Kosten desselben vornehmen lassen konnte. Daß die Möglichkeit zu solchem Vorgehen in der Machtbefugniß der römischen Magistrate lag, ist unzweifelhaft.

L. 2 §. 17 D. ne quid in loco publ. 43, 8:
(*Ulp.* lib. 68. ad ed.) Si quis nemine prohibente in publico aedificaverit, non esse eum cogendum tollere, ne ruinis urbs deformetur, et quia prohibitorium est interdictum, non restitutorium. si tamen obstet id aedificium publico usui, utique is, qui operibus publicis procurat, debebit id deponere, aut, si non obstet, solarium ei imponere etc.

Und der Eintritt dieses unmittelbaren Zwanges scheint

63d) S. auch unten nach N. 73.

bei dem interdictum Ne quid in loco publico fiat ganz ausdrücklich bezeugt in l. 7 D. eod.:

(*Julian.* lib. 48. dig.) Sicut is, qui nullo prohibente in loco publico aedificaverat, cogendus non est demolire, ne ruinis urbs deformetur, ita qui adversus edictum praetoris aedificaverit, tollere aedificium debet: alioquin inane et lusorium praetoris imperium erit.

Gestützt auf diese Stelle nehmen denn auch Schmidt[64]) und Witte,[65]) bei Popularinterdicten Naturalexecution an, der erstere, indem er bei den Interdicten zur Beförderung der publica utilitas, also namentlich bei den popularia interdicta, den geschichtlichen Ausgangspunct der Naturalexecution erblickt, welchen er etwa in die Zeit Julians setzt, während Witte die Naturalexecution als eine von jeher bestehende Eigenthümlichkeit derjenigen Interdicte betrachtet, bei denen regelmäßig der Extrahent eben nur als Repräsentant der Gesammtheit ohne besonderes eigenes Interesse auftrat.

Indessen würde l. 7 cit., wenn sie von Naturalexecution verstanden werden müßte, jedenfalls für Wittes Ansicht zu viel beweisen. Denn das interdictum Ne quid in loco publico fiat dient zwar tam publicis utilitatibus quam privatorum, ist jedoch ein interdictum privatum, kein populare;[66]) und es ist keinesweges nothwendig, daß in jedem einzelnen Anwendungsfalle desselben ein öffentliches Interesse in Frage kommt.[66a]) Dasselbe gilt übrigens auch gegen die Ansicht Schmidts, sofern diese infolge des Nachweises, daß dem classischen Rechte die Natural-

64) Zeitschrift für geschichtl. Rechtswissensch. Bd. 15 S. 69 ff.
65) Interd. Uti possidetis S. 10 ff.
66) S. oben §. 1835 Ziffer 8 Thl. 1 S. 54 f.
66a) Vgl. l. 2 §. 17 cit. i. f.

execution grundsätzlich fremd geblieben ist, höchstens noch in der Beschränkung auf den vermeintlichen Ausgangspunct jener Executionsart, nämlich auf Interdicte zum Schutze des allgemeinen Interesse, in Frage kommen kann.[66b])

Hat es nun an sich wenig Wahrscheinliches, daß erst zu Julians Zeit ein in der Sache begründetes Bedürfniß nach Naturalexecution zur Geltung gelangt sei, so erregt sicherlich selbst gegen die so beschränkte Statthaftigkeit der Naturalexecution l. 3 §. 13 cit. D. de hom. lib. exh. 43, 29 das schwerste Bedenken. Auch wer das interdictum de homine libero exhibendo für ein Popularinterdict nicht hält, vermag doch nicht zu leugnen, daß dasselbe ein öffentliches Interesse berührt.[67]) Ist trotzdem bei diesem Interdicte die Vollstreckung durch unmittelbaren Zwang unstatthaft, so würde es schwer erklärbar sein, wie dieselbe bei anderen Interdicten des öffentlichen Interesse halber zugelassen worden sein sollte.

Daß l. 2 §. 17 cit. für diese Zulassung nichts beweiset, erkennt Schmidt[68]) ausdrücklich an: diese Stelle redet ausschließlich vom polizeilichen Verfahren;[69]) und daraus ist für den Rechtsweg der Interdicte ebensowenig zu schließen, wie aus dem unmittelbaren Zwange, welchen der Prätor außerhalb dieses Weges vi potestatis anwenden konnte.[70]) Umgekehrt finden wir vielmehr mit Burck-

66b) Vgl. Burckhard in diesem Commentar Serie der Bücher 39. und 40. Thl. 1. S. 228.

67) Vgl. oben §. 1835 Ziffer 8 Thl. 1 S. 56 ff.

68) A. a. O. S. 70 f. N. 31.

69) Ebenso thun dies l. 1 §. 2 D. de via publ. 43, 10. l. 13 (12) D. de per. commod. 18, 6. Paul V, 6, 2.

70) S. l. 1 §. 2 D. de migr. 43, 32. l. 3. pr. §. 1 D. ne vis fiat ei. 43, 4. l. 5 §. 27 D. ut in poss. 36, 4. l. 1 §. 2 D. si ventr. nom. 25, 5. Vgl. O. E. Hartmann a. a. O. S. 511 ff. Burckhard a. a. O. S. 225 f. N. 87.

hard[71]) gerade in der Möglichkeit des polizeilichen Einschreitens gegen ein das öffentliche Interesse verletzendes opus die Widerlegung des Bedenkens, ob eben jenem Interesse mit der pecuniaria condemnatio aus einem Popularinterdicte habe genüge geleistet werden können.[72]) Muß aber wirklich l. 7 cit. mit unausweichlicher Nothwendigkeit von unmittelbarem Zwange verstanden werden?

Schmidt freilich sucht dies so zu begründen: Nach der Bemerkung, daß man nicht gezwungen werden könne, Gebäude wegzunehmen, welche man ohne Verhinderung durch ein Verbot auf öffentlichem Boden errichtet habe, gehe der Jurist zu dem Gegensatze über: „hat man aber gebaut, einem erlassenen Interdict zuwider, so muß man wegnehmen." Das debet habe offenbar denselben Sinn, wie das voraufgehende cogendus est: „man wird im Nothfall dazu gezwungen;" dafür spreche mit Entschiedenheit das vom Juristen dafür gebrauchte Argument: „sonst würde der prätorische Befehl illusorisch sein." Unmöglich könne dieses nur die pecuniaria condemnatio rechtfertigen sollen.

Mit Recht jedoch hat hiergegen Burckhard[73]) ausgeführt, daß der in unsrer Stelle behandelte Gegensatz nicht sei: Naturalexecution und condemnatio pecuniaria, sondern Pflicht und Nichtpflicht zum Wegnehmen. Wenn in publico gebaut sei nullo prohibente, d. h. ohne daß vor dem Bau ein prohibitorisches Interdict erbeten und ertheilt oder operis novi nuntiatio vorgenommen worden sei, so könne vonseiten eines Privaten keine Klage auf Beseitigung des opus erhoben werden; wenn hingegen zuwider einem Verbote des Prätors gebaut worden sei, so entspringe für den Zuwiderhandelnden die Verpflichtung zur Beseitigung des

71) A. a. O. 225 f. N. 87.
72) Vgl. Witte a. a. O. S. 10 f.
73) A. a. O. S. 227 f.

Baus, und dieser Verpflichtung gegenüber könne der Beklagte auch nicht den Grundsatz geltend machen, urbs ruinis ne deformetur, denn sonst wäre in der That inane et lusorium praetoris imperium. Daß der Ausdruck cogendus est nichts für die Naturalexecution beweise, gehe nicht nur aus vielen Stellen hervor, in denen lediglich der indirecte Zwang damit bezeichnet werde,[74]) sondern erhelle mit voller Gewißheit aus l. 1 §. 2 D. si ventr. nom. 25, 5, wo Ulpian erkläre, es sei unter cogere nicht ein cogere praetoria potestate vel manu ministrorum gemeint. Auch der in der Stelle für den Fall des unbehinderten Baus in publico ausgesprochene Grundsatz: ne ruinis urbs deformetur — dürfte nicht etwa insofern als Beweis für den directen Zwang im entgegengesetzten Falle gelten, weil davon nicht die Rede sein könne, wenn nicht ein wirkliches Niederreißen erfolge. Denn gewiß werde der Beklagte gegenüber den Nachtheilen, welche ihn beim Ungehorsam trafen, regelmäßig dem iussus iudicis gehorcht haben, so daß es infolge seiner freiwilligen Erfüllung zum Niederreißen gekommen sei. Wir wüßten dem in der That nichts mehr hinzuzufügen.[75])

Es hat nun aber Bruns,[76]) welcher die Naturalexecution bei Popularinterdicten vorzugsweise bekämpft, für diese Interdicte die Vermuthung aufgestellt, daß, wenn der Beklagte den arbitratus iudicis nicht erfüllte, der Kläger selber die Vorrichtungen habe beseitigen und die Unkosten davon als sein Interesse mit in die Condemnation bringen können. Damit sei denn auch für die Condemnation in den Fällen ein Inhalt gegeben, wo jemand aus bloßem Patriotismus ohne Privatinteresse die Interdicte angestellt

74) Z. B. aus l. 24 pr. §§. 1 und 2 D. de a. et a. pl. 39, 3.
75) Hiernach ist in O. E. Hartmann röm. Gerichtsverfassung S. 507 vbd. mit S. 510 f. die l. 7 cit. zu streichen.
76) A. a. O. S. 398 f. (361 f.).

habe. Ausdrücklich erwähnt sei diese Erledigung der Sache zwar nicht. Aber in §. 31 J. de act. 4, 6 heiße es ja bei den actiones arbitrariae ganz allgemein:

> In his enim actionibus permittitur iudici ex bono et aequo secundum cuiusque rei, de qua actum est, naturam aestimare, quemadmodum actori satisfieri oporteat.

Und gewiß sei es doch die natürlichste „satisfactio," daß, wenn der Verklagte die Anlage nicht selber beseitigte, es nun der Kläger thun durfte, der Verklagte aber in die Kosten davon verurtheilt wurde. Bei der Anwendung einer Naturalexecution hätte ja doch der Verklagte die Kosten derselben gleichfalls ersetzen müssen. Daß der Kläger das Recht zu einer solchen eigenen Beseitigung gehabt habe, sei jedenfalls außer Zweifel, da dieselbe ja stets nur in einer Refection des alten Zustandes bestehe, und dazu jeder schon von selbst ein populares Recht, und zum Schutze desselben die popularen Interdicte de reficiendo gehabt habe. So heiße es in l. 2 §. 40 D. ne quid in loco publ. (43, 8), wenn ein Weg durch einen umgefallenen Baum versperrt werde, könne man gegen den Eigenthümer mit dem restitutorischen Interdicte auf Wegnahme klagen; wenn dieser den Baum aber derelinquire, falle dieses Interdict zwar weg, doch könne der Kläger dann wenigstens mit dem Interdicte de via reficienda erlangen, daß er auf seine eigenen Kosten den Baum wegnehmen dürfe. Sollte danach, wenn der Verklagte im erstern Falle den Baum trotz des Interdicts und des arbitratus iudicis nicht weggenommen habe, nicht der Kläger das Recht gehabt haben, ihn auf Kosten des Verklagten wegzunehmen? Aehnlich werde in l. 2 §. 43 eod. tit. bei dem restitutorischen Interdicte allgemein unterschieden: wenn der Verklagte die unerlaubte Vorrichtung selber gemacht habe, „ipse suis sumptibus debet restituere," wenn er nur im Besitz derselben sei,

„patientiam solam eum praestare.“ Danach erscheine die Wegnahme vom Kläger auf Kosten des Verklagten als das mittlere minus, was man fast nothwendig habe zulassen müssen, wenn der Verklagte trotz des arbitratus die Wegnahme unterlassen oder verweigert habe.

Sofern dieser Ausführung mehr oder minder klar bewußt die Anschauung zugrunde liegt, da, wo ein Privatinteresse des Impetranten nicht vorhanden gewesen sei, habe bei den iudicia secutoria und den actiones arbitrariae aus Popularinterdicten die Möglichkeit der condemnatio pecuniaria gefehlt, ist dieselbe schon durch dasjenige widerlegt, was in §. 1835 Thl. 1 Ziffer 7 über diese Condemnation vorgetragen worden ist.[77]) Danach war auch in diesem Falle eine Nothwendigkeit nicht vorhanden, erst auf einem Umwege eine solche herbeizuführen. Einen derartigen Umweg gleichwohl anzunehmen, wird also strenger Beweis erforderlich sein.

Gewiß aber werden wir auch hier wieder dem zustimmen müssen, was Burckhard[78]) ausführt. Der iudex konnte gar nicht die Erlaubniß dazu ertheilen, daß Kläger auf Kosten des Gegners die Anlage beseitige: denn die Formel verlieh ihm nur die Befugniß, den Beklagten zur Restitution aufzufordern und, wenn diese nicht gemäß dem Ermessen des Richters geschah, auf Geld zu condemniren.[79]) Hätte aber dem iudex jene Befugniß bei actiones arbitrariae aus Popularinterdicten zugestanden, so würde ihm bei anderen actiones arbitrariae schwerlich die entsprechende Befugniß gefehlt haben, den siegreichen Kläger z. B. zur gewaltsamen Wegnahme der mittels der rei vindicatio, Publiciana, hypothecaria, actio quod metus causa, ad

77) S. oben S. 46 ff.
78) A. a. O. S. 234 ff.
79) Vgl. oben §. 1838 Ziffer 84 S. 27 ff.

exhibendum geforderten Sache zu ermächtigen; dies aber steht mit allen sonstigen Aussprüchen der Quellen, sogar mit der l. 68 D. de R. V. 6, 1 im Widerspruche. Treffend weiset Burckhard dabei hin auf l. 52 §. 2 D. de a. v. a. p. 41, 2, wonach das prohibere ingredienti (in possessionem) vim fieri multo plus est, als das restituere iubere; dieser Ausspruch wäre offenbar falsch, wenn derjenige, welcher von einem Andern Restitution verlangen kann, sich unter Berufung auf den iussus de restituendo selbst die Sache wegnehmen dürfte. — Aus dem Umstande aber, daß das patientiam praestare des bloßen Besitzers einer unerlaubten Vorrichtung das minus gegenüber der Restitution auf eigene Kosten sei, wie sie dem Thäter obliegt, würde nur dann etwas für die behauptete Wegnahme durch den Kläger auf Kosten des Gegners gefolgert werden können, wenn es feststände, daß das patientiam praestare unmittelbar sich hätte erzwingen lassen. Es leuchtet jedoch ein, daß es laut der, auch die praestatio patientiae umfassenden, Formelclausel „si ex arbitratu tuo non restituetur, quanti ea res erit, condemna“ — bei Nichtgewährung jener patientia zur Geldcondemnation kommen mußte. Demnach wird vielmehr umgekehrt zu folgern sein: weil bei der Pflicht zur patientia ein unmittelbarer Zwang nicht stattfindet, ist er um so weniger zulässig für das restituere durch den Kläger auf Kosten des Gegners.

Das Ergebniß ist also, daß die Interdicte hinsichtlich der Condemnation und der Zwangsvollstreckung gegenüber den gewöhnlichen actiones nichts Eigenthümliches bieten.

Ausdrücklich bezeugt ist uns endlich, daß die Verurtheilung aus einem Interdicte niemals infamirte.

L. 13 D. de vi 43, 16:

(*Ulp.* lib. 8. ad Sabin.) Neque Unde vi neque aliud interdictum famosum est. [79a])

106. 4) [80]) Die endgültige Entscheidung über die Sponsionsklage sowohl wie über die actio arbitraria aus einem Interdicte macht über die darin entschiedene Frage in gewöhnlicher Weise Rechtskraft. Dies gilt auch für die provisorischen Interdicte: daß ihr materieller Erfolg mittels eines definitiven Rechtsbehelfes wieder umgestoßen werden kann, beruht nicht etwa darauf, daß sie der Rechtskraft ermangelten, sondern darauf, daß sie ein Verhältniß regeln, welches gegenüber dem mittels jenes definitiven Behelfes geregelten weichen muß. [81])

Schmidt behauptet nun, daß die Entscheidung über ein Interdict aus einem Delicte dem aus dem Thatbestande dieses Delictes entspringenden iudicium publicum präjudicire. Was er unter diesem immerhin mehrdeutigen Worte hier versteht, sagt er zwar nicht ausdrücklich; es ist jedoch nach dem Zusammenhange höchst wahrscheinlich, daß er damit eine rechtskräftige Entscheidung über den Thatbestand bezeichnen will.

Diese Ansicht aber würde durchaus irrig sein.

L. un. Cod. quando civilis actio criminali praeiudicet etc. 9, 31: [82])

Impp. *Valens, Gratianus* et *Valentinianus* AAA. Antonio PP. A plerisque prudentium generaliter definitum est, quotiens de re familiari et civilis et criminalis competit actio, utraque licere experiri, sive

79a) Wie sich dazu verhält Cic. pro Caec. 2, 6 sq. 3, 8. 4, 9 s. unten Ziffer 106 zu N. 92.

80) Vgl. Schmidt Interdictenverfahren S. 279—284 unter V.

81) S. oben Ziffer 102 S. 241.

82) = l. un. Cod. Theod. victum civiliter agere et criminaliter posse. 9, 20.

prius criminalis sive civilis actio moveatur,[83]) nec si civiliter fuerit actum, criminalem posse consumi, et similiter e contrario.[84]) §. 1. Sic denique et per vim possessione deiectus, si de ea recuperanda interdicto Unde vi erit usus, non prohibetur tamen etiam lege Julia de vi publico iudicio instituere accusationem: et suppresso testamento cum ex interdicto de tabulis exhibendis fuerit actum, nihilo minus ex lege Cornelia testamentaria poterit crimen inferri: et cum libertus se dicit ingenuum, tam de operis civiliter quam etiam lege Visellia criminaliter poterit perurgueri. §. 2. Quo in genere habetur furti actio et legis Fabiae constitutum, et plurima[85]) alia sunt, quae enumerari non possunt, ut cum altera prius actio intentata sit, per alteram, quae supererit, iudicatum liceat retractari. §. 3. Qua iuris definitione non ambigitur etiam falsi crimen, de quo civiliter iam actum est, criminaliter esse repetendum. D. Prid. Id. Jun. Treviris Valente VI et Valentinianus II Conss. (378).

Diese Constitution darf nicht etwa so verstanden werden, als wolle sie der zweiten Klage nur in Beziehung auf die Rechtsfolgen des mittels der ersten auch für sie festgestellten Thatbestandes stattgeben, nicht aber auch in Beziehung auf eine neue, rechtlich selbständige, Prüfung eben jenes Thatbestandes.[86]) Einer solchen Auffassung würden

83) Sive prius — moveatur *om.* Cod. Theod.

84) Et similiter e contrario *om.* Cod. Theod.

85) Cod. Th.: et cum una excepta sit causa de moribus, sexcenta. Ueber das Verhältniß des iudicium de moribus zur accusatio ex lege Julia de adulteriis vgl. l. 12 §. 3 D. ad leg. Jul. de adult. 48, 5.

86) So scheint Schmidt a. a. O. S. 283 N. 14 unser Gesetz aufzufassen.

die Worte des §. 2: iudicatum liceat retractari, und diejenigen des §. 3: de quo civiliter iam actum est, criminaliter esse repetendum — offen widersprechen. Ebenso wenig stimmt der Ausdruck am Schlusse des principium: nec si civiliter fuerit actum, criminalem posse *consumi*, et similiter e contrario — zu der Annahme, daß für die rückständige Klage eine rechtskräftige Feststellung des Thatbestandes mittels der Entscheidung über die ersterhobene Klage erfolge. Denn dieser Satz gilt nicht nur laut seiner ganz allgemeinen Fassung, sondern namentlich gemäß der Ueberschrift des Titels 9, 20 im Codex Theodosianus „victum civiliter agere et criminaliter posse“ und nach der Interpretatio zu unsrer Stelle auch für den Fall, wo die zuerst angestellte Klage [87]) rechtskräftig abgewiesen worden ist, und zwar auch wegen mangelnden Beweises für den Thatbestand. Würde damit dieser Thatbestand auch für die rückständige Klage rechtskräftig als nicht erwiesen gelten, so würde die letztere überhaupt nicht mehr stattfinden können, soweit das als unerwiesen geltende Stück des Thatbestandes der ersterhobenen Klage auch zu dem Thatbestande der rückständigen gehört. Das aber würde unvereinbar sein mit dem Gegensatze in der Beweisführung, welcher zwischen Civilproceß und Strafproceß bei den Römern bestand. Im Civilverfahren nämlich fand, abgesehen von Processen vor Recuperatoren, ein Zeugnißzwang nicht statt; [88]) dagegen war es infolge der dieses Verfahren beherrschenden Verhandlungsmaxime hier zulässig, dem Gegner

87) Daß als solche im Cod. Th. nur die Civilklage genannt wird, trägt für unsere Erwägung nichts aus. Vgl. Planck die Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten im Prozeßrecht §. 34 S. 254 f.

88) Quintil. V, 7, 9. v. Keller röm. Civilpr. §. 66 N. 762. O. E. Hartmann röm. Gerichtsverfassung S. 257 zu N. 44.

den Eid nicht nur über einzelne Thatsachen, sondern über das ganze Streitverhältniß zu deferiren; im Strafverfahren umgekehrt bestand Zeugnißzwang,[89]) das sachlich nicht gebotene Einräumen aber der beklagtischerseits erhobenen Einwendungen würde als Prävarication strafbar geworden sein, und somit auch die Eidesdelation an den Beklagten.[89a])

Nur ganz ausnahmsweis macht die Entscheidung eines Civilprocesses für den Strafrichter Rechtskraft, nämlich da, wo jener Proceß über den status einer Partei entscheidet, welcher an und für sich Voraussetzung des Strafverfahrens ist, oder über das Dasein desjenigen Privatrechtes, welches den Gegenstand der strafrechtlich zu verfolgenden Verletzung bildet.[90])

89) Rudorff röm. Rechtsgesch. Bd. 2 §. 133 zu Note 12 f. Inwiefern die dort aufgestellte Behauptung, daß dieser Zwang auf Entlastungszeugen erst im Extraordinärverfahren ausgedehnt worden sei, durch die N. 13 dafür beigebrachten Stellen (l. 21. §. 1 D. de test. 22, 5. l. 16 pr. Cod. eod. 4, 21. Nov. 90 c. 5) erwiesen werden soll, ist mir völlig unverständlich.

89a) Nur für die accusatio iniuriae hat die lex Cornelia dem Ankläger die Eidesdelation dahin gestattet, ut reus iuret, iniuriam se non fecisse. L. 5. §. 8 D. de iniur. 47, 10. Demelius Schiedseid und Beweiseid S. 63 f. unter III.

90) S. darüber Planck a. a. O. S. 243 ff. Die in den Quellen erwähnten Fälle derart sind folgende. 1) die Rechtsstellung einer Partei ist Voraussetzung für den Strafproceß: a) Derjenige, welcher eine Criminalanklage erheben will, wird von dem Gegner als dessen Sclav bezeichnet; b) für den wegen eines Verbrechens belangten angeblichen Sclaven tritt ein assertor in libertatem auf; c) der wegen adulterium belangte angebliche Sclav hält dem anklagenden maritus die praescriptio lenocinii entgegen, indem er zugleich seine Freiheit geltend macht: in allen diesen Fällen muß

In diesem Ausnahmeverhältnisse zu einer Criminalklage steht jedoch, soviel ich sehe, von den Interdicten nur das Unde vi.[91]) Behauptet nämlich der ex lege Julia de vi publica oder de vi privata Belangte, im Augenblicke der ihm zur Last gelegten vis selbst Besitzer des streitigen Grundstückes gewesen zu sein, so muß zuvor die Besitzfrage entschieden werden; dies kann aber nach Lage der Sache nur mittels des Unde vi geschehen. Somit ist die Entscheidung im Interdicte für die Criminalklage insoweit maßgebend, als letztere ausgeschlossen bleibt, wenn jene Behauptung als erwiesen angenommen wird, und umgekehrt stattfindet, wenn jene Behauptung nicht für erwiesen gilt. Uebrigens muß in diesem Falle die Frage nach den besonderen Voraussetzungen crimineller vis selbstverständlich ganz von neuem untersucht werden; nur das steht fest, daß der Angeklagte nicht Besitzer des streitigen Grundstücks gewesen ist. Sogar dann, wenn ungeachtet dieser Entscheidung über den Nichtbesitz des Impetraten das Unde vi aus dem Grunde

zuvor die Statusfrage im Civilverfahren entschieden werden, im letzten deshalb, weil nur ein als adulter vom maritus belangter Freier die praescriptio lenocinii hatte, nicht aber ein Sclav. L. 4. l. 3 Cod. de ord. cogn. 7, 19. l. 25 (26) Cod. ad leg. Jul. de adult. 9, 9. cf. l. 2 §§. 4. 7. l. 16 (15) §. 7 D. eod. 48, 5. — 2) Der mit einer Criminalklage wegen Verletzung fremden Eigenthums oder fremden Besitzes Belangte behauptet seinerseits Eigenthümer oder Besitzer des Gegenstandes der angeblichen Verletzung zu sein: hier muß zuvor im Civilverfahren die Frage des Eigenthums oder Besitzes rechtskräftig entschieden werden; daraus ergiebt sich die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit der Criminalklage. L. 1. l. 8 Cod. ad leg. Fab. 9, 20. — L. 1 Cod. de app. 7, 62. — L. 3 Cod. Theod. ad leg. Jul. de vi publ. 9, 10 (= l. 7 Cod. J. eod. 9, 12 mut.).

91) S. die vorhergehende Note a. E.

abgewiesen worden ist, weil Impetrant seinen Besitz nicht dargethan, oder weil er den Besitz an den Impetraten nicht vi verloren habe, bleibt dem abgewiesenen Impetranten die accusatio de vi unbenommen.

Besteht also wie im Processe des Caecina die Vertheidigung des Impetraten gegenüber dem Unde vi ausschließlich in der Behauptung, er selbst, nicht der Gegner, sei im Augenblicke der vis Besitzer des streitigen Grundstücks gewesen, so ist mit der Entscheidung über das Interdict in entgegengesetztem Sinne sachlich zugleich über die noch ausstehende accusatio de vi entschieden. Daher konnte das interdictum Unde vi gegen den Aebutius als turpe iudicium, als existimationis periculum enthaltend und dergleichen bezeichnet werden:[92]) die damit rechtlich nothwendige Verurtheilung auf jene accusatio de vi hatte eine ehrenmindernde Wirkung.[93])

Andere Interdicte aus Delicten dagegen hatten gar keinen Einfluß und namentlich keine Rechtskraft für die etwa

92) Cic. pro Caec. 2, 6: ad summam illius existimationem hoc iudicium pertinere. §. 7: quia existimationis periculum est . 3, 8: „Est enim turpe iudicium.“ 4, 9: existimationis illius periculum.

93) Der Proceß des Caecina fällt nach Sullas Tode (pro Caec. 33, 95) und vor die Rede pro Cluentio (pro Caec. 10, 28 vgl. mit pro Cluent. 37, 103), also zwischen 676 und 688 d. St., wahrscheinlich ins Jahr 685. v. Bethmann-Hollweg röm. Civilproceß Bd. 2 S. 828 zu N. 3 ff. Teuffel Gesch. der röm. Literatur 3. Aufl. §. 179 unter 13. Das damals herrschende Strafgesetz de vi war entweder die lex Plautia oder eine lex Cornelia Sullae. vgl. L. Lange röm. Alterthümer Bd. 2 3. Aufl. S. 665 f. Dasselbe enthielt also eine ähnliche Vorschrift, wie sie uns für die lex Julia de vi privata des Augustus in l. 1 pr. D. ad leg. Jul. de vi priv. 48, 7 bezeugt wird. — Vgl. Schmidt a. a. O. S. 283 f.

concurrirende Criminalklage. So ist zu verstehen l. 3 §. 6 D. de tab. exh. 43, 5:

(*Ulp.* lib. 68. ad ed.) Si quis dolo malo fecerit, quo minus penes eum tabulae essent, nihilo minus hoc interdicto tenebitur, nec praeiudicatur aliquid legi Corneliae testamentariae, quasi dolo malo testamentum suppresserit. nemo enim ideo impune retinet tabulas, quod maius facinus admisit, cum exhibitis tabulis admissum eius magis manifestetur. et posse aliquem dolo malo facere, ut in eam legem non incidat, ut puta si neque amoverit neque celaverit tabulas, sed idcirco alii tradiderit, ne eas interdicenti exhiberet, hoc est si non supprimendi animo vel consilio fecit, sed ne huic exhiberet.

In eben diesem Sinne sagt derselbe Ulpian lib. 18. ad ed. in l. 23 §. 9 D. ad leg. Aquil. 9, 2:

Si dolo servus occisus sit, et lege Cornelia agere dominum posse constat: et si lege Aquilia agerit, praeiudicium fieri Corneliae non debet.[94])

Einigermaßen verwirrt worden ist die unbefangene Auffassung dieser Stellen durch den Umstand, daß der Aus-

94) S. auch l. 1 D. de exc. rei iud. 44, 2: (Ulp. lib. 2. ad ed.) Cum res inter alios iudicatae nullum aliis praeiudicium faciant — nec si superatus fuerit legatarius, praeiudicium libertati fit. — S. Francke Commentar über den Pandectentitel de hereditatis petitione. S. 66 ff. S. 82 f. Planck a. a. O. S. 231 N. 1 versteht l. 23 §. 9 cit. fälschlich, man müsse dahin sehen, daß der lex Cornelia nicht präjudicirt werde, namentlich dadurch, daß man erst das Ende der Criminalanklage abwarte: eine Auffassung, welcher die ebenfalls von Ulpian herrührende l. 7 §. 1 D. de iniur. 47, 10 (s. unten S. 292 f.) geradezu widerspricht. S. übrigens Planck selbst a. a. O. S. 232 zu N. 7 f.

druck „praeiudicium“ eine mehrfache Bedeutung hat. Namentlich bezeichnet er, und zwar in seinem ursprünglichen Sinne, nichts weiter, als einen Prozeß, welcher einem andern vorangehet, mag dieses Vorangehen auf rechtlicher Nothwendigkeit beruhen, mag es rein thatsächlich der Fall sein.

Eben in der letztangeführten Bedeutung gebraucht Paulus lib. 37. ad ed. unsern Ausdruck in l. 4 D. de publ. iud. 48, 1:

Interdum evenit, ut praeiudicium (per privatum iudicium *ins.* M. sec. Bas.) iudicio publico fiat, sicut in actione legis Aquiliae et furti et vi bonorum raptorum et interdicto Unde vi et de tabulis testamenti exhibendis: nam in his de re familiari agitur.

Der Schluß dieser Stelle zeigt, daß Paulus sich in vollständiger Uebereinstimmung mit Ulpianen befindet,[94a]) welcher nicht nur ganz ausdrücklich von dreien der genannten Civilklagen es ausspricht, daß sie vor dem concurrirenden iudicium publicum angestellt werden können,[95]) sondern dies genau so wie Paulus damit begründet, daß mit diesen Klagen principaliter de damno agitur,[96]) daß sie

94a) A. M. Schmidt a. a. O. S. 283 zu N. 14.

95) Nämlich von der actio legis Aquiliae (l. 23 §. 9 D. ad leg. Aquil. 9, 2 cit. l. 7 §. 1 D. de iniur. 47, 10), von der actio vi bonorum raptorum (l. 2 §. 1 D. vi bon. 47, 8. l. 15 D. de accus. 48, 2) und von dem interdictum de tabulis exhibendis (l. 3 §. 6 D. de tab. exh. 43, 5 cit.).

96) L. 7 §. 1 med. D. de iniur. 47, 10 cit., wo mit Schmidt a. a. O. S. 281 f. N. 12 zu lesen ist: quid ergo de lege Aquilia dicimus? num (statt nam) et ea actio principaliter hoc continet hominem occisum? non principaliter; nam ibi principaliter de damno agitur, quod domino datum est etc.

privatam persecutionem [97]) enthalten. Und daß dies die von den meisten Juristen gebilligte Ansicht war, sagt mit aller Deutlichkeit l. un. pr. Cod. Theod. victum civiliter 9, 20 cit.:

A plerisque prudentium generaliter definitum est, quotiens de re familiari et civilis et criminalis competit actio, utraque licere experiri, nec si civiliter fuerit actum, criminalem posse consumi.

Zu den quidam, qui putant, neque debere publico iudicio privata actione praeiudicari, [98]) d. h. daß die actio privata dem concurrirenden iudicium publicum nicht vorangehen dürfe, gehört Paulus nicht.

Nur von Einer Privatdelictsklage sagt Ulpian, und zwar in ausgesprochenem Gegensatze zu Labeo, daß sie der concurrirenden accusatio publica nachstehen müsse: dies ist die actio iniuriarum gegenüber der accusatio ex lege Cornelia de sicariis.

L. 7 §. 1 D. de iniur. 47, 10:

(*Ulp.* lib. 57. ad ed.) Si dicatur homo iniuria occisus, numquid non debeat permittere praetor privato iudicio lege Corneliae praeiudicari? idemque et si ita quis agere velit „quod tu venenum dedisti hominis occidendi causa“? rectius igitur fecerit, si eiusmodi actionem non dederit. adquin solemus dicere, ex quibus causis publica sunt iudicia, ex his causis non esse nos prohibendos, quo minus et privato agamus. est hoc verum, sed ubi non principaliter de ea re

97) L. 2 §. 1 D. vi bon. 47, 8 cit. Auch l. 15 D. de acc. 48, 2 betont, daß damni quid datum esse dicatur. — S. auch l. 1 und l. 2 Cod. ad leg. Fab. 9, 20. (Antonin. 213), wo die actio servi corrupti electiv mit der accusatio de plagio zugelassen wird.

98) Ulpian in l. 2 §. 1. D. vi bon. 47, 8 cit.

agitur, quae habet publicam exsecutionem . quid ergo de lege Aquilia dicimus? num [99]) et ea actio principaliter hoc continet hominem occisum? non principaliter: nam ibi principaliter de damno agitur, quod domino datum est, at in actione iniuriarum de ipsa caede vel veneno ut vindicetur, non ut damnum sarciatur . quid ergo, si quis idcirco velit iniuriarum agere, quod gladio caput eius percussum est? *Labeo* ait, non esse prohibendum: neque enim utique hoc, inquit, intenditur, quod publicam habet animadversionem . quod verum non est: cui enim dubium est, etiam hunc dici posse Cornelia conveniri?

Der Grund für diese abweichende Behandlung der Injurienklage, welche übrigens schon zu Ciceros Zeit stattfand, [100]) liegt also darin, daß mit ihr nicht „de damno

99) S. N. 96.

100) De invent. II, 20, 59: Agit is, cui manus praecisa est, iniuriarum . postulat is, quicum agitur, a praetore exceptionem: „extra quam in reum capitis praeiudicium fiat.“ — Nicht hierher gehört die von Francke S. 70 N. 7 ebenfalls angeführte Stelle in Verr. II, 3, 65, 153: postulavit (C. Gallius senator) a L. Metello, ut ex edicto suo iudicium daret in Apronium, „quod per vim aut metum abstulisset“ —. non impetrat: cum hoc diceret Metellus, praeiudicium a se de capite C. Verris per hoc iudicium nolle fieri. Einmal handelt es sich hier gar nicht um eine Injurienklage; sodann aber beruhte die Weigerung des Metellus nicht auf rechtlicher Erwägung, sondern auf ungehöriger Begünstigung des Verres, wie aus der bittern Ironie der folgenden Worte erhellt: Non reprehendo Metellum . pepercit homini amico et, quemadmodum ipsum dicere audivi, necessario . non reprehendo, inquam, Metellum: sed hoc miror, quomodo de quo homine praeiudicium noluerit fieri per recuperatores, de hoc ipso non modo praeiudicarit,

agitur," vielmehr „de eadem re, quae habet publicam exsecutionem," „de ipsa caede vel veneno ut vindicetur, non ut damnum sarciatur." [1])

Dieser Grund aber ist auf Interdicte unanwendbar. Allerdings concurrirt von denjenigen Interdicten, mit welchen nicht de re familiari agitur, das interdictum de homine libero exhibendo mit der accusatio legis Fabiae: allein dasselbe geht nicht sowohl auf Strafe, als vielmehr auf Entlassung des widerrechtlich Festgehaltenen. Und deshalb heißt es von ihm

L. 1 §. 1. l. 3 pr. D. de hom. lib. exh. 43, 29: (*Ulp.* lib. 71. ad ed.) Hoc interdictum proponitur tuendae libertatis causa, videlicet ne homines liberi retineantur a quoquam: (l. 3 pr.) quod et lex Fabia prospexit. neque hoc interdictum aufert legis Fabiae exsecutionem: nam et hoc interdicto agi poterit et nihilo minus accusatio legis Fabiae institui: et vice versa qui egit Fabia, poterit nihilo minus etiam hoc

verum gravissime ac vehementissime iudicarit. Primum enim si Apronium absolutum iri putaret, nihil erat, quod ullum praeiudicium vereretur. deinde si condemnato Apronio coniunctam cum eo Verris causam omnes erant existimaturi, Metellus quidem certe iam hoc iudicabat, eorum rem causamque esse coniunctam, qui statuerit, Apronio condemnato de isto praeiudicium futurum etc.

1) Francke a. a. O. S. 69. — Schmidt a. a. O. S. 281 f. will das Verhältniß der actio iniuriarum zur accusatio ex lege Cornelia de sicariis darauf zurückführen, daß die formula jener actio die verbrecherische Handlung speciell und genau bezeichnen mußte, also, wenn ich recht verstehe, actio de eadem re war, wie die accusatio, was bei der actio legis Aquiliae nicht der Fall gewesen sei. Aber deutet l. 7 §. 1 cit. dies auch nur an?

interdictum habere, praesertim cum alius interdictum, alius Fabiae actionem habere possit.

Und völlig übereinstimmend sagt Paulus R. S. V, 6, 14:

Adversus eum, qui hominem liberum vinxerit, suppresserit, incluserit, operamve, ut id fieret, dederit, tam interdictum quam legis Fabiae super ea re actio redditur: et interdicto quidem id agitur, ut exhibeatur is, qui detinetur, lege autem Fabia, ut etiam poena nummaria coerceatur.

Schien es unbillig den Beschädigten mit der Privatklage de re familiari bis zur Entscheidung über die accusatio publica hinzuhalten, so würde es sicher eine zwecklose Grausamkeit gewesen sein, den widerrechtlich festgehaltenen Freien durch Versagung des Interdicts an den für ihn auftretenden Bürger bis zum Urtheile über das crimen legis Fabiae des Genusses der Freiheit beraubt sein zu lassen; und dies um so mehr, als das Interdict ja nur dann überhaupt stattfand, wenn die Freiheit des angeblich widerrechtlich Festgehaltenen unbestritten war. [2])

Auch diese, soviel ich sehe, bisher für unsere Frage nicht berücksichtigten, Stellen zeigen also, daß grundsätzlich ein Interdict auf die etwa concurrirende accusatio publica ohne jeden rechtlichen Einfluß blieb.

§. 1839.

Die Entstehung und die Bedeutung des Interdictenverfahrens. [1])

107. Nachdem wir im Vorhergehenden eine dogmatische Darstellung des Interdictenverfahrens der classischen

2) L. 3 §. 7 D. de hom. lib. exh. 43, 29.
1) Schmidt a. a. O. S. 298—320.

Zeit zu geben versucht haben, tritt nunmehr die viel umstrittene Frage an uns heran: zu welchem Zwecke ist dasselbe eingeführt worden?

Zimmern[2]) sagt darüber: „Nicht zum Schutze privater Rechtsverhältnisse sind die Interdicte gegeben worden, vielmehr war das die Bestimmung der Actionen, sondern (l. 2 §§. 1—3 D. h. t.) zum Schutze des öffentlichen (mit Inbegriff des religiösen) Interesses gegen Verletzungen der Privaten, wo heutzutage polizeiliche Maßregeln ergriffen werden, und zum Schutze der blos factischen Zustände als solcher."

Aehnlich v. Bethmann-Hollweg:[3]) „Befehle und Verbote zu erlassen, zum Schutze des Besitzstandes gegen Gewalt, oder gegen andere Störung der öffentlichen Ordnung, gehörte bei den Römern, welche Polizei- und Richter-

2) Geschichte des Röm. Privatrechts Bd. 3 §. 72 S. 225 zu N. 5.

3) Gerichtsverfassung und Proceß des sinkenden Römischen Reichs §. 37 zu N. 9*) S. 387. Sachlich stimmt ihm zu Leist, Bonorum possessio Bd. 1 §. 52 S. 329 f., nach welchem die Interdicte hauptsächlich entweder Gegenstände des polizeilichen Schutzes, oder Familienverhältnisse oder Besitzzustände betreffen. Ferner, jedoch unter Anerkennung davon, daß es sich bei der Aufstellung von Interdicten um eine Ausfüllung von Lücken des materiellen Rechtes handelte, Kuntze Excurse 2. Aufl. S. 244: „Im Interdictenwege schritt der Prätor (auch späterhin) vorzugsweise da ein, wo es sich um Wahrung der äußeren Ordnung, Aufrechterhaltung und Herstellung des gemeinen Friedens und Ungestörtheit der augenblicklich bestehenden Form des Zusammenlebens handelte." Aehnlich auch Sohm Institutionen §. 43 2. Aufl. S. 185 ff. 3. Aufl. S. 190 f. Hierher dürfte auch zu stellen sein v. Keller röm. Civilproceß §. 22 unter I.

gewalt nicht so streng wie wir sonderten, ebenso zu den Befugnissen des Prätors, wie die Erlassung der Mandate zur Aufrechterhaltung des Landfriedens zu denen des Reichskammergerichts; und zwar nicht nur wo ein Grundsatz des Civilrechts zur Ausführung zu bringen war, sondern auch wo sonst der gemeine Friede und gute Ordnung oder Privatinteresse es erheischte. Solche Befehle, in förmlicher Weise auf Anrufen einer Partei erlassen, sind die Interdicte" u. s. w. In Note 9*) wird dazu bemerkt: „Ein allgemeines Princip für alle Interdicte aufzustellen dürfte schwer sein."

Derselbe Schriftsteller führt dies, unter ausdrücklicher Bestätigung seiner eben mitgetheilten Ansicht, [4]) später so aus: [5]) „Auf Fälle, wo es galt, künftigen Rechtsverletzungen vorzubeugen oder thatsächlichen Störungen der öffentlichen Ordnung zu steuern, war (die Legis Actio) nicht anwendbar. Wir sind gewohnt, dies als Sache der Polizei zu betrachten. Die Römer, denen die Trennung von Justiz und Verwaltung fremd war, legten ihren höchsten Obrigkeiten, den Consuln und Prätoren, die Macht bei, in solchen Fällen auf Anrufen eines Bürgers kraft ihres Imperiums mit einem Verbot (interdictum) oder Befehl (decretum) einzuschreiten und sich durch die gewöhnlichen Zwangsmittel Gehorsam zu verschaffen."

„Wir dürfen dies als den Ursprung der in der folgenden Periode unter dem Namen der Interdicte vorkommenden Rechtsmittel betrachten. Denn theils gehen diese geradezu auf den Schutz heiliger (loca sacra) oder dem öffentlichen Gebrauch gewidmeter Orte (loca publica), theils auf Besitzstreitigkeiten, wo gleichfalls nicht vom Recht an der Sache, sondern von Verbot der Gewalt u. s. w.

4) Röm. Civilproceß Bd. 1 §. 54 S. 202 N. 1.
5) A. a. O. S. 202 f.

oder Aufhebung ihres Erfolgs, also Störung des öffentlichen Friedens und seiner Herstellung die Rede ist. Gehen einige derselben über diesen Zweck hinaus, so dienten sie theils ursprünglich zur Vorbereitung eines Rechtsstreits oder zur Execution (N. 5: Dahin rechne ich die Interdicta de homine libero exhibendo und de liberis exhibendis item ducendis —; wie ja auch sonst der Prätor zu diesem Behuf befehlend und zwingend eingriff), theils sollte ein Rechtshandel ausnahmsweise aus individuellen Gründen verschiedener Art im Polizeiwege erledigt werden u. s. w. (N. 6: Z. B. die Vorschrift der Zwölf Tafeln über die Beschränkung der Bäume an der Grenze und über den Fruchtfall wurde nicht durch legis actio, sondern durch prätorischen Befehl, also polizeilich, ausgeführt. — Eben dahin gehören die Maßregeln zur Sicherung der Erbmasse Dig. 43, 2. quorum bonorum, 3. quod legatorum, und der Testamentsurkunde Dig. 43, 5. de tabulis exhibendis; Streitigkeiten zwischen Miether und Vermiether über die invecta et illata Dig. 43, 32. de migrando 33. de Salviano interdicto u. A., wobei freilich dahingestellt bleibt, ob alle diese Fälle schon in der ältesten Zeit vorkamen. Mittel und Ziel der Interdicte sind überall thatsächlicher Natur, ihr Rechtsgrund aber ist nicht auf ein Princip zurückzuführen.)"

Weiter heißt es dann: [6]) „Ehe die Uebertretung jenes Gebots gestraft oder diesem Befehl Folge verschafft wurde, war freilich eine Untersuchung nothwendig. Diese aber hatte nicht die Form der Legis Actio, sondern wurde im Verwaltungswege formlos, also auch ohne Zeitverlust zu ihrem Ziele, der Ueberzeugung des Magistrats, daß der Gebrauch seines Imperium hier wohl angebracht sei, geführt."

„Zweierlei wirkte zusammen, daß dies Verfahren zu

6) Das. Bd. 2 §. 98 S. 344 f.

einem eigentlichen Interdictsproceß umgebildet wurde. Einmal die erweiterte Competenz und die daraus entstehende Ueberlastung des Prätors mit Jurisdictionsgeschäften, die ihn veranlaßte, wo möglich jede thatsächliche Untersuchung einem Geschwornen zu überweisen; sodann die fortgeschrittene Rechtsansicht der Zeit, wonach kein Bürger vergewaltigt, Jedem stets volles rechtliches Gehör gewährt werden sollte" u. s. w.

Abgesehen von der Meinung v. Bethmann-Hollwegs, daß ursprünglich der Magistrat selbst die Voraussetzungen der bindenden Kraft des Interdicts und dessen Befolgung untersucht habe, stimmt ihm im wesentlichen bei Rudorff:[7]) „Interdicta sind mündliche, durch die Existenz gewisser vom Imploraten geleugneter Voraussetzungen bedingte Specialbefehle, welche der Magistrat vermöge seines Imperium auf Anrufen einer Partei an die andere vor geführtem Beweise abläßt, um den Rechtsfrieden, vorzüglich den Besitzstand gegen Störung zu schützen oder herzustellen."

„Die eigentlichen Interdicte sind polizeiliche Unterlassungsgebote (Ne quid facias, Vim fieri veto), um durch Einschreiten vor der That der Störung vorzubeugen: die Restitutionsbefehle nach der That (id restituas, id illi restituas) und die untergeordneten nur vorbereitenden Vorführungsbefehle werden auch Decreta genannt."

Diese Erklärungsversuche der Interdicte vom polizeilichen Gesichtspuncte aus scheitern m. E. rettungslos schon daran, daß sich der durch Interdicte gewährte Besitzschutz schlechterdings nicht auf jenen Gesichtspunct zurückführen läßt. Denn sonst müßte auch der bloße Detentor durch

7) Röm. Rechtsgeschichte Bd. 2 §. 53 S. 177 f. S. v. Bethmann-Hollweg röm. Civilpr. Bd. 1 S. 202 N. 1.

Interdicte geschützt werden, und nicht minder der Besitz an einer res extra commercium und die thatsächliche Innehabung seitens eines Besitzunfähigen. Es wird in dieser Beziehung der Hinweis auf die Ausführungen genügen, mit welchen v. Ihering die v. Savigny'sche Begründung des Besitzschutzes aus jenem Gesichtspuncte widerlegt hat.[8])

Ebenso wenig vermag der polizeiliche Gesichtspunct sich mit der Thatsache zu vereinbaren, daß eine sehr erhebliche Zahl der Interdicte eine endgültige Entscheidung herbeiführt.[9]) Für die Wahrung des gemeinen Friedens, die Aufrechterhaltung des thatsächlich bestehenden Zustandes kann es ganz einerlei sein, ob die hergestellte Ordnung sich im Wege Rechtens wieder umändern läßt oder nicht. Weshalb also wird für das interdictum de itinere privato reficiendo der Nachweis des Wegerechtes verlangt, während für das interdictum de rivis der Nachweis genügt, daß Impetrant im letzten Jahre oder im letzten Sommer fehlerfrei die Wasserleitung benutzt habe?

Und wie erklärt es sich, daß das interdictum de liberis exhibendis geradezu die Klage um das Recht der väterlichen Gewalt gegen einen Dritten bildet, welcher jene Gewalt verletzt oder bestreitet?[10]) Es heißt doch nichts Anderes, als der eignen Erklärung den Boden entziehen, wenn Rudorff[11]) und v. Bethmann-Hollweg[12]) behaupten, das Interdict sei ursprünglich ein Vorführungsbefehl des Prätors behufs der Vindication eines Hauskindes

8) Ueber den Grund des Besitzschutzes 2. Aufl. S. 9—15.
9) S. oben §. 1835a Ziffer 30 Thl. 1 S. 170 f.
10) L. 5 D. de lib. exh. 43, 20 (s. oben §. 1837 Ziffer 59 Thl. 1 S. 345 N. 42. cf. l. 1 §. 1 eod. (s. oben §. 1835a Ziffer 14 Thl. 1 S. 101).
11) Rechtsgesch. Bd. 2 S. 130 zu N. 15.
12) Röm. Civilpr. Bd. 1 S. 137 f. N. 11. S. 203 N. 5. Bd. 2 S. 341 zu N. 83. S. 347 N. 10 a. E.

gewesen. Auf welche Weise in aller Welt hätte es geschehen können, daß mittels eines zu diesem Zwecke aufgestellten Interdictes zur Zeit des Formularprocesses „die Entscheidung über die väterliche Gewalt durch einen Geschwornen herbeigeführt wurde"? [13])

Ist aber vollends das interdictum de homine libero exhibendo nur da statthaft, wo über die persönliche Freiheit desjenigen kein Zweifel besteht, um dessen Exhibition es sich handelt, [14]) so versteht es sich doch wohl von selbst, daß dasselbe nicht zur Vorbereitung eines Statusprocesses dienen kann. Auch hier vermögen die eben genannten Gelehrten ihre völlig unbegründete Behauptung, jenes Interdict habe ursprünglich die Exhibition eines Menschen zum Behufe der Vindicien vor Gericht auf Antrag des Assertor erzwingen sollen, [14a]) nur durch die ebenso unbegründete zweite Behauptung zu vertheidigen, daß dasselbe später seine praktische Bedeutung geändert habe. [15]) Wäre aber die letztere Behauptung richtig, so stände dann eben der Interdictencharakter dieses sachlich ganz neuen Rechtsbehelfes vom Gesichtspuncte jener Gelehrten aus wiederum in der Luft.

108. Nach Bekker [16]) sind die Interdicte von vornherein nichts als Ausflüsse der Magistratsgewalt, sie haben

13) v. Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 341. Vgl. dagegen auch Demelius Exhibitionspflicht S. 249 zu N. 2.

14) L. 3 §. 7 D. de hom. lib. exh. 43, 29 (s. oben §. 1835a Ziffer 15 Thl. 1 S. 110.

14a) Rudorff a. a. O. v. Bethmann-Hollweg a. a. O. Bd. 1 S. 139 N. 17. S. 203 N. 5. Bd. 2 S. 335 f. N. 42.

15) v. Bethmann-Hollweg a. a. O. Bd. 2 S. 335 f. N. 42. S. 347 N. 10. — Vgl. dagegen Demelius a. a. O. S. 241.

16) Die Aktionen Bd. 2 S. 57 ff.

keine andere Grundlage als diese. Hieraus erkläre es sich, warum allezeit die Interdicte auf einem eng umgrenzten Felde geblieben seien, und zwar erkläre sich beides, warum dieselben hier zulässig, und warum sie darüber hinaus unzulässig gewesen seien. „Drehten sich alle Interdicte um res divini iuris, res nullius, [17]) res publicae, so würde das gemeinsame Princip nicht schwer zu entdecken sein; aber es kommen auch res singulorum, und zwar universitates wie singulae res hinzu, womit im ersten Augenblicke alle Schranken gebrochen scheinen. Indessen erweisen sich diese auf res singulorum bezüglichen interdicta bald alle als einer abgeschlossenen Gruppe angehörig; denn sieht man ab von vereinzelten Ausnahmen, so sind alle possessorisch.“ [18]) —

17) Welche Interdicte Bekker hierher rechnet, erhellt nicht. Die von Ulpian in l. 1 pr. D. h. t. dahingestellten interdicta de liberis personis exhibendis ducendis führt Bekker a. a. O. S. 324 f. unter II als processualische auf, und zwar theils als exhibitorische unter A, theils als ductorische unter C, während er eine Rubrik „Interdicte zum Schutze non res nullius“ neben denjenigen „Interdicte zum Schutze der an öffentlichen Sachen bestehenden Rechtsverhältnisse“ (I) und „de rebus divinis“ (II) nicht giebt.

18) Die angefügte Aeußerung, daß dies auch schon von den Römern selbst bemerkt worden sei, soll in N. 15 belegt werden durch l. 2 §§. 2 sq. D. h. t. und Gai. IV, 142 sq. cf. §. 1 J. de interd. 4, 15, wozu noch zu vergleichen Gai. IV, 139: quod (sc. principaliter auctoritatem suam finiendis controversiis interponere) tum maxime facit (sc. praetor aut proconsul), cum de possessione aut quasi possessione inter aliquos contenditur. Daß jedoch die Eintheilung der interdicta in retinendae, recuperandae, adipiscendae possessionis sich keinesweges auf Besitzinterdicte oder auf solche beschränkt, quae possessionis causam habent, haben wir bereits gesehen. §. 1835b Ziffer 31 Thl. 1 S. 172 f. — Die Zahl der

„Daß alle Interdicte entweder mit dem öffentlichen Recht, einschließlich des Sacralrechts, im Zusammenhang stehen oder exhibitorisch oder possessorisch seien, ist durchaus nicht ungenauer gesprochen, als überhaupt Rechtsregeln zu sein pflegen."

„Das Räthsel ist gelöst, sobald wir angeben können, was Exhibitionen und Besitz und die Behandlung nichtprivater Sachen als gemeinsames Band umschließt. Das Exhibiren und das Erlangen, Behaupten, Wiedererlangen des Besitzes sind processualische Acte,[18a]) und der Prätor ist berufen zur Leitung der Processe und Behütung der nichtprivaten Sachen."

„Hiernach beträfen alle Interdicte die so recht eigentlich innerhalb der Amtssphäre des Prätors existent werdenden Verhältnisse. Ueberhaupt kommen Interdicte nur vor auf dem Gebiete, wo dem Prätor kraft seiner Amtsgewalt Entscheidung und Execution zustehn, daß sie sich auf dieses beschränken müssen, dürfte nach der hier angenommenen Entwickelungsgeschichte geradezu selbstverständlich sein. Der Prätor befiehlt eben nur, wo er zu befehlen hat, und das Interdict ist und bleibt, bis in die letzten Stadien seiner Geschichte, nichts Andres als ein prätorischer Befehl."

„vereinzelten" nicht possessorischen Interdicte de re familiari beträgt nicht weniger als zehn! s. oben §. 1835a Ziffer 30 a. E. Thl. 1 S. 171. Das quod maxime facit bei Gai. IV, 139 (pr. J. de interd. 4, 15) geht nicht sowohl auf die Zahl der proponirten Interdicte zum Schutze des Besitzes oder Quasibesitzes gegenüber der Zahl der anderen, als vielmehr auf die Häufigkeit ihres Erlasses (auctoritatem interponere).

18a) Aehnlich Pfersche Interdicte S. 49, dem nur wenige Interdicte als völlig selbständige Rechtsmittel erscheinen, bei den meisten sicher, bei anderen wenigstens nicht unwahrscheinlich ist, daß sie mit anderweitigen processualen Vorgängen in enger Beziehung stehen.

Gewiß kann es nicht befremden, daß der Magistrat die res divini iuris und die res in publico usu unter seinen besondern Schutz nahm. Indessen darf nicht übersehen werden, daß unter den proponirten interdicta ad publicam utilitatem pertinentia sich Eines befindet, welches mit dem usus publicus oder mit der „Behütung nichtprivater Sachen" nichts zu thun hat, sich vielmehr auf das werbende Staatsvermögen (patrimonium civitatis, die Domänen) bezieht: das interdictum de loco publico fruendo. Dasselbe beruht auf einer Erwägung staatsfinanzieller Natur.

L. 1 §. 1 D. de loco publ. fruendo 43, 9:

(*Ulp.* lib. 68. ad ed.) Interdictum hoc publicae utilitatis causa proponi palam est: tuetur enim vectigalia publica, dum prohibetur quis vim facere ei, qui id (publicum *ins.*) fruendum conduxit.

Und auf eben diesem Gesichtspuncte beruht auch das prohibitorische interdictum utile, welches dem Pächter eines dem Staate oder einer Gemeinde gehörigen lacus oder stagnum wegen der Fischerei gegeben wird.

L. un. §. 7. D. ut in flum. 43, 14:

(*Ulp.* lib. 68. ad ed.) Publicano plane, qui lacum vel stagnum conduxit, si piscari prohibeatur, utile interdictum competere, *Sabinus* consentit: et ita *Labeo* . ergo et si a municipibus conductum habeat, aequissimum erit ob vectigalis favorem interdicto eum tueri.

Unter processualischen Acten, wozu Bekker grundsätzlich alle nicht auf res divini iuris und res publicae bezüglichen Interdicte machen will, versteht er ohne Zweifel solche Acte, welche als Vorbereitungshandlungen zu einem anderweit begründeten Rechtsstreite erscheinen oder als Incidentpuncte in einem solchen vorkommen. [19]) Für die den

19) A. a. O. S. 59 ff. S. 324 ff. Unter Incidentpuncten ist hier auch die Execution begriffen.

Besitz betreffenden Interdicte versucht er diese Behauptung näher auszuführen; die wesentlich processualische Bedeutung der Exhibitionen und Editionen hält er für so selbstverständlich, daß sie wohl kaum werde bestritten werden.[20])

Und doch zeigt schon eine flüchtige Betrachtung der auf uns gekommenen Ueberlieferung, daß in dieser die interdicta de liberis hominibus exhibendis schlechterdings nichts von processualischer Natur in dem fraglichen Sinne an sich tragen, während von einer grundsätzlichen Umgestaltung jener Rechtsbehelfe auch die leiseste Spur fehlt.

Weshalb das interdictum de homine libero exhibendo nicht zur Vorbereitung eines Statusprocesses dienen kann, haben wir bereits oben[21]) gesehen; aus demselben Grunde vermag es auch nicht, als Incidentpunct eines solchen verhandelt zu werden.

Ebenso wenig bereitet das interdictum de liberis exhibendis eine andere Klage wegen der väterlichen Gewalt vor, oder dient in dem Processe darüber zur Herstellung eines Besitzstandes oder dergl. Vielmehr ist es selbst, wie wir ebenfalls schon bemerkt haben,[22]) die Klage um jene Gewalt, gegenüber einem Dritten, über welche damit zwischen diesem und dem Impetranten rechtskräftig entschieden wird. Wenn es in l. 3 §. 1 D. h. t. heißt:

> — itaque prius interdictum, quod est de liberis exhibendis, praeparatorium est huius interdicti (sc. de liberis ducendis): quo magis enim quis duci possit, exhibendus fuit —

so ist damit keineswegs das von uns bestrittene processualische Verhältniß des interdictum de liberis exhibendis zu dem interdictum de liberis ducendis ausgesprochen. Denn

20) A. a. O. S. 60 zu N. 17.
21) Ziffer 107 S. 301.
22) Das. S. 300.

das letztere Interdict setzt voraus, daß das angebliche Hauskind selbst seine Gewaltfreiheit behauptet; der Dritte, gegen den das Interdict gerichtet wird, tritt nur als defensor des angeblichen Hauskindes auf;[23]) und von einem präparatorischen Verhältnisse des interdictum de liberis exhibendis zu diesem Interdicte kann nur insofern die Rede sein, als nach siegreicher Durchführung des erstern gelegentlich das ducere des Kindes noch dadurch verzögert wird, daß dieses nunmehr seinerseits die väterliche Gewalt des Siegers bestreitet, die ja ihm gegenüber kraft der Entscheidung über das interdictum de liberis exhibendis noch nicht festgestellt ist.[24])

23) L. 3 cit. §. 3.

24) Demelius Exhibitionspflicht S. 247 ff. Max Rümelin zur Geschichte der Stellvertretung im röm. Civilproceß S. 137 N. 1. A. M. Münderloh in Zeitschrift der Savigny-Stiftung Bd. 4 rom. Abth. S. 83: „Letzteres Interdict [quominus ducere liceat, vim fieri veto] war für sich allein ganz nutzlos, wenn das streitige Kind im Gewahrsame des Gegners war; und eine Uebertretung dieses Interdictes konnte an dem Familienvater nur dann begangen werden, wenn der letztere das Kind factisch in seiner Gewalt hatte. Daher mußte er zuvor das präparatorische interdictum de liberis exhibendis anstellen, um das Kind erst wieder in seinen Gewahrsam zu bekommen und hierdurch die Empfänglichkeit für eine Verletzung seines Ductionsverhältnisses zu gewinnen." Es werden dieser Ausführung gegenüber die Fragen genügen: gab die Exhibition, wo sie als Vorbereitung für eine andere Klage diente, dem Kläger den Gewahrsam? und muß man erst eine Klage anstellen, um wegzuführen, was man in seinem Gewahrsam hat? — Falsch auch Kappeyne van de Coppello Abhandl. zum Röm. Staats- und Privatrecht S. 128: „kann man im Ernste daran zweifeln, daß in dem interdictum de liberis exhibendis zur Uebertretung des prohibitorium (l. 3 §. 1

Daß aber das interdictum de liberis ducendis das ausschließliche und endgültige Rechtsmittel ist, der durch einen Dritten vertheidigten angeblichen persona sui iuris gegenüber die väterliche Gewalt des Klägers zum Austrage zu bringen, das ergiebt sich unmittelbar aus l. 3 §. 4 D. h. t. (s. oben Thl. 1 S. 103).

Wo bleibt da die Handgreiflichkeit der processualischen Beziehungen der ductorischen Interdicte! [25])

Ganz ähnlich wie mit dem interdictum de liberis exhibendis verhält es sich mit dem interdictum de liberto exhibendo. Dasselbe geht gegen den Dritten, welcher dem Kläger dessen angeblichen libertus vorenthält, und zwar, da der Patron ein absolutes Recht darauf nicht hat, daß der Libert sich bei ihm aufhalte, [26]) nur für den bestimmten Fall, wenn jener den Letztern auf Grund der von diesem bei der Freilassung und wegen derselben gemachten Zusage zu Dienstleistungen auffordern (operas indicere) will. [27]) Es ist kaum zweifelhaft, daß kraft dieses Inter-

D. 43, 30) nicht mehr erfordert wurde, als die mündliche Weigerung in iure die exhibirte Person dem Gegner folgen zu lassen?"

25) Vgl. Bekker a. a. O. S. 325. Daß es das dort aufgeführte s. g. interdictum de uxore exhibenda gar nicht gab, ist schon oben §. 1835 Ziffer 9 Thl. 1 S. 61 N. 55 a. E. bemerkt worden. — Auch nach v. Bethmann-Hollweg diente das interdictum de liberis ducendis ursprünglich zur Execution, hat aber später, wie die interdicta de liberis exhibendis und de homine libero exhibendo seine praktische Bedeutung geändert. a. a. O. Bd. 1 S. 203 N. 5, Bd. 2 S. 347 N. 10. Vgl. oben Ziffer 107 S. 300 f. N. 12 ff.

26) Vgl. Leist in diesem Commentar Serie der Bücher 37, 38, Thl. 4 Ziffer 100 S. 545 ff. Ziffer 104 S. 565 ff.

27) S. oben §. 1835 Ziffer 9 Thl. 1 S. 62 N. 56.

dicts das Patronatsrecht gegenüber jenem Dritten, der es bestreitet oder thatsächlich verletzt, endgültig festgestellt wird. Von einer andern Klage zu diesem Zwecke wissen wir nichts; und wennschon für das Legisactionenverfahren hierzu eine vindicatio patronatus gedient haben mag,[28]) so müssen wir für das Formularverfahren gerade unser Interdict als das ausschließlich geeignete Rechtsmittel betrachten. Im Verhältnisse zwischen dem angeblichen Patron und jenem Dritten ist also unser Interdict ebenso wenig präparatorisch, als dies im Verhältnisse zwischen dem angeblichen Gewalthaber und dessen Gegner das interdictum de liberis exhibendis ist. Gerade so jedoch, wie dieses Interdict in dem vorhin besprochenen Sinne durch das Verhalten des angeblichen Hauskindes präparatorisch werden kann für das interdictum de liberis ducendis, gerade so kann das interdictum de liberto exhibendo nach dem Verhalten des angeblichen Liberten präparatorisch sein einerseits für die actio operarum,[29]) anderseits für das praeiudicium de libertinitate.[30]) Ein processualer Act jedoch für diese Klagen ist darum unser Interdict nimmermehr!

28) K. A. Schmidt das Hauskind in mancipio (Leipz. Progr. zur Feier des hundertjähr. Geburtsfestes Savigny's. 1879) S. 15 N. 58 arg. Gai. II, 195: — cum legatus fuisset Latinus per vindicationem. vgl. Plin. ep. ad Traian. 104 (X, 105). Meine Anzeige von Leist das römische Patronatrecht in den Göttinger gel. Anz. 1880 S. 568.

29) L. 13 §. 2 D. de O. L. 38, 1. Ulp. lib. 38 ad ed.: Judicium de operis tunc locum habet, cum operae praeterierint. praeterire autem non possunt, antequam incipiant cedere, et incipiunt, posteaquam fuerint indictae.

30) Vgl. Leist a. a. O. Bd. 5 Ziffer 165 unter 2b S. 274 f., der unserm Interdicte den lediglich präparatorischen Zweck beilegt, den Patron zur Vornahme des

Aber der processualische Charakter kann nicht einmal für die Mehrheit derjenigen Interdicte zugegeben werden, quae ad rem familiarem pertinent.

Zwar darf er immerhin anerkannt werden für die meisten derjenigen Interdicte, welche zum Schutze eines vom Prätor verliehenen Possessionsrechtes dienen.[31]) Bestreiten müssen wir ihn indessen für das Quorum bonorum (Nr. 1) wie für die interdicta sectorium (Nr. 8) und possessorium (Nr. 9). Das erste versagt, wie wir ausführlich gezeigt haben, eben da, wo der Gegner ein endgültiges Erbrecht behauptet;[32]) unmöglich war dasselbe also geeignet, für einen nachfolgenden Proceß um dieses endgültige Erbrecht den Besitzstand zu ordnen. Die beiden anderen Interdicte dagegen sind selbst, wie oben dargelegt,[33]) endgültige Rechtsbehelfe.

Wir erkennen den processualischen Charakter ferner an für einzelne Interdicte zum Schutze eines vom Prätor nicht erlangten Besitzrechtes,[34]) nämlich für das Uti possidetis und für das Utrubi, sowie nicht minder für das dem erstern nachgebildete interdictum de superficiebus.

Dagegen vermögen wir processualische Acte nicht zu erblicken in den Interdicten zum Schutze des Servitutenbesitzes: sie bestimmen weder die Parteirolle noch die Beweislast in einem etwa folgenden Streite um das Recht der

Indictionsactes in die Lage zu setzen, wie er den präparatorischen Zweck des interdictum de liberis exhibendis darin erblickt, daß es die Duction der Kinder vorbereite. Vgl. oben N. 24 a. E.

31) Bekker a. a. O. S. 324 unter III B. Pfersche Interdicte S. 46 f.

32) S. oben §. 1835a Ziffer 18 ff.

33) Das. Ziffer 24 S. 152 ff.

34) Vgl. Bekker a. a. O. S. 325 unter D.

Servitut. Daher ist auch ihre präparatorische Natur[35]) durchaus keine rechtliche, sondern, wenn der Ausdruck erlaubt ist, eine rein thatsächliche, zufällige.

Wie gar Bekker die proprietatis causam continentia interdicta de itinere actuque privato reficiendo (Nr. 8)[36]) und de aqua ex castello ducenda (Nr. 9)[37]) für processualische und zum Schutze eines nicht vom Prätor erlangten Besitzrechts dienende zu erklären vermag, das bleibt uns vollkommen unbegreiflich, um so mehr, als wir selbstverständlich nicht bezweifeln, daß er sie zu seinen „vereinzelten Ausnahmen" nicht possessorischer Interdicte de rebus singulorum rechnet.

Und wo steckt der processuale Charakter der interdicta de vi? Müßte man nicht mit dem gleichen Rechte z. B. der actio quod metus causa wegen abgenöthigten Besitzes oder den Besitzcondictionen solchen Charakter beilegen? Schon die unbestreitbare Wahrheit, daß das interdictum Unde vi auch dann statthaft ist, wenn der Dejicient sich gar nicht im Besitze des streitigen Grundstücks befindet, zeigt m. E., wie es bei ihm durchaus nicht auf die Regulirung des Besitzstandes als solche ankommt, wie dasselbe folglich ganz ungeeignet erscheint, den Proceß um das Eigenthum vorzubereiten.

Wenn sodann unter den zehn von Bekker S. 326 weiter aufgeführten Interdicten das s. g. interdictum demolitorium (Nr. 3 der Aufzählung) und das interdictum Ne vis fiat aedificanti (Nr. 4) als Proceßprovisoria gelten mögen, so muß dieser Charakter den interdicta Quod vi

35) Vgl. l. 1 §. 44 D. de aq. cott. 43, 20 (s. oben §. 1835a Ziffer 14 Thl. 1 S. 103 f.

36) L. 3 §§. 11. 13. 14 D. de it. actuq. priv. 43, 19. S. oben §. 1835a Ziffer 14 Thl. 1 S. 100 f.

37) L. 1 §. 44 D. de aq. cott. 43, 20 cit. (oben Thl. 1 S. 103 f.).

aut clam (Nr. 2), de migrando (Nr. 8) und Salvianum (Nr. 9) auf das Entschiedenste abgesprochen werden. Der Umstand, daß möglicherweise derjenige, welcher mit dem Quod vi aut clam zur Restitution eines in alieno vorgenommenen opus in solo verurtheilt worden ist, hinterher ein Recht auf die Vornahme des opus darthut, oder daß umgekehrt jemand, der mit jenem Interdicte gegenüber einem Gegner, welcher in suo ein opus vornahm, abgewiesen worden ist, hinterher ein Verbietungsrecht wider dieses opus nachweiset, — gestaltet das Interdict seinem Wesen nach sicherlich noch nicht zu einem Mittel „einstweiliger Ordnung thatsächlicher Verhältnisse, über deren Rechtmäßigkeit im ordentlichen Processe zu befinden sein wird," geschweige denn zu einem processualischen Acte in dem hier fraglichen Sinne. Für das interdictum de migrando bleibt ein nachfolgendes Ordinarium völlig unerfindlich, [38]) und ebenso für das Salvianum des classischen Rechtes, [39]) sowie nicht minder für das s. g. interdictum fraudatorium (Nr. 10), über dessen Natur sich Bekker nicht weiter äußert. [40])

Auch die interdicta de cloacis (Nr. 1), von denen Bekker übrigens ebenfalls nicht weiter redet, gehören nicht hierher. Das auf öffentliche Cloaken bezügliche Interdict fällt unter die Reihe der Interdicte zum Schutze der res in publico usu; das Interdict für Privatcloaken ist aus den nämlichen Gründen weder processualisch, noch im rechtlichen Sinne präparatorisch, aus denen wir den Interdicten

38) S. oben §. 1835a Ziffer 29 Thl. 1 S. 165 f.

39) Das. S. 166 f. — Hinsichtlich der interdicta de migrando und Salvianum stimmt mit Bekker insofern überein v. Bethmann-Hollweg Civilpr. Bd. 1 S. 203 N. 6, als er dieselben ihrer ursprünglichen Bedeutung nach für polizeiliche Maßregeln hält.

40) Das. S. 167 f.

für den Quasibesitz von Servituten jene Eigenschaften absprechen mußten. [41])

Hinsichtlich der interdicta de arboribus caedendis (Nr. 6) und de glande legenda (Nr. 7) nimmt Bekker sogar executivischen Charakter an, [41a]) weil bei ihnen „das thatsächliche Fundament" der in den zwölf Tafeln begründeten Rechte „handgreiflich vorliegt," „also das subjective Recht ganz ebenso gewiß ist, als ob ein Richter erkannt hätte, und nichts als die Execution noch in Frage steht, die hier, wie sonst regelmäßig, dem Prätor zufällt." Allein ganz abgesehen davon, daß die Befugniß, schließlich den Ueberhang sich anzueignen, durchaus nicht auf den zwölf Tafeln beruht; abgesehen ferner davon, daß wir keinerlei Erklärung dafür erhalten, weshalb der Prätor gerade hier die seltsame und gewiß höchst unzweckmäßige Form des Interdictes für die Execution gewählt haben sollte: ist es denn überhaupt richtig, daß bei den fraglichen Interdicten das thatsächliche Fundament so unzweifelhaft handgreiflich vorliegen muß? Oder ist es nicht vielmehr recht wohl denkbar, daß die Activlegitimation, ferner das stare per eum, quocum agitur, quo minus arbor adimatur, coerceatur, [42]) — daß das Herstammen des auf dem Grundstücke

41) S. oben S. 310.

41a) Ihm stimmt zu Pfersche a. a. O. S. 47 f., 53 f., der am ersten Orte auch einige nicht proponirte prohibitorische Interdicte hierher stellt, welche das Wegführen angeschwemmter Sachen und das Ausgraben von Werthsachen auf fremdem Grunde bewirken sollen. L. 9 §. 1 D. de damn. inf. 39, 2. l. 15 D. ad exhib. 10, 4.

42) Vgl. Paul. V, 6, 13. l. 1 §. 4 D. de arb. caed. 43, 27 (s. oben §. 1835a Ziffer 28 Thl. 1 S. 162 f. N. 41). — v. Bethmann-Hollweg Civilpr. Bd. 1 S. 203 N. 6 hält beide Interdicte ihrer ursprünglichen Bedeutung nach für polizeilich.

des Impetraten liegenden Obstes vom Baume des Impetranten, oder das Verhindern des gerade nur tertio die versuchten Auflesens lebhaft bestritten wird? Und vollends wenn unsere Vermuthung [43]) richtig sein sollte, daß diese beiden Interdicte provisorische seien: wo bleibt dem gegenüber die executivische Natur derselben? Oder würde etwa jemand die Unbefangenheit besitzen, jedes prohibitorische Interdict für executivisch zu erklären?!

Haben wir aber bei so vielen Interdicten gesehen, wie gänzlich verfehlt Bekkers Interdictenprincip ist, so brauchen wir uns hier bei der, ihm selbst bedenklichen, Vereinbarkeit seines Princips mit dem interdictum de precario [44]) nicht lange aufzuhalten. Aus dem nämlichen Grunde, aus welchem wir dem Unde vi die processualische Natur absprechen mußten, ist dies auch für das eben genannte Interdict nothwendig: da es gegenwärtigen Besitz beim Beklagten nicht voraussetzt, [45]) so kann es nicht bestimmt sein, den Eigenthumsproceß vorzubereiten.

Daß endlich das Interdict des Nuntianten aus der remissio operis novi nuntiationis, von welchem Bekker gänzlich schweigt, kein processualisches ist, vielmehr zur endgültigen Geltendmachung des nuntiantischen Prohibitionsrechtes dient, [46]) sei nur beiläufig erwähnt.

Nach allem dem dürfte es gerechtfertigt sein, daß wir Bekkers Interdictenprincip für einen völlig mißglückten Einfall erklären.

109. Huschke [47]) nimmt ebenfalls an, daß, im

43) S. oben §. 1835a Ziffer 28 Thl. 1 S. 162 ff.
44) A. a. O. S. 326 f.
45) L. 8 §. 3 D. de prec. 43, 26.
46) S. oben §. 1835a Ziffer 27 Thl. 1 S. 161.
47) Die Multa und das Sacramentum S. 72 ff., andeutungsweis schon in den Studien des röm. Rechts S. 3 f., N. *).

Gegensatze zu den iurgia oder legis actiones, später den Actionen überhaupt, worin die Parteien ein eigenes Recht nach dem ius nur vor der Obrigkeit gegen Bestreitung selbst geltend machen, die Interdicte, ebenso wie gewöhnliche Zwangsbefehle, formell lediglich auf dem Imperium beruhende Befehle oder Verbote der Obrigkeit an Parteien seien, aus denen eine Verpflichtung nicht der einen Partei gegen die andere, sondern der Befehligten zum Gehorsam gegen die Obrigkeit erwachse, nur freilich nicht, wie die durch sofortige Coercition zu erzwingenden, concrete (an bestimmte Parteien gerichtete) und unbedingte, sondern ihrem Sinne nach zunächst durch Edict allgemein bekannt gemachte und durch gewisse rechtliche oder thatsächliche Voraussetzungen bedingte Befehle, die nachher nur zu dem Zwecke unter bestimmten Parteien vom Prätor ausgesprochen werden, damit diese über das Vorhandensein des Ungehorsams und folglich der Voraussetzungen in ihrem Streitverhältnisse ebenso wie in Actionen über das [48]) des nach dem Civilrechte behaupteten und bestrittenen Rechtes in iure und eventuell durch Gericht verhandeln sollen, so daß erst das durch confessio oder Urtheil Festgestellte als purificirter Befehl der Obrigkeit gelte. Dann jedoch fährt er fort: „Materiell aber erkennt damit die Obrigkeit in den Interdicten auch eigene Ansprüche der Parteien an, denen sie mit ihren Befehlen dient, und die nur nicht unmittelbare civile Privatrechte sind, sondern auf ihrem von der Obrigkeit auch mittelbar zu schützenden Bürgerrechte beruhen, sofern dieses für die einzelnen Bürger in ihrem Verhältnisse unter einander, sei es in ihrem öffentlichen oder Privatinteresse auch einen gleichmäßigen und nach Billigkeit geordneten Genuß der thatsächlichen Interessen und Vortheile mit sich bringt, welche der Staatsverein seinen Genossen auf dem Gebiet des

48) Es ist wohl „Vorhandensein“ zu ergänzen.

heiligen, öffentlichen und Privatrechts an Personen und Sachen gewährt. Daher denn auch alle Interdicte, obgleich der Form nach als obrigkeitliche Befehle factisch verpflichtender Natur, doch nach ihrem Zweck und nach Inhalt des klägerischen Anspruchs gerade allen obligatorischen Verhältnissen der Parteien, die ja nicht in einem thatsächlichen Genusse, sondern nur in einem innern Rechte bestehen, fremd und vielmehr executive Geltendmachungen absoluter factischer Rechte sind und entweder auf ein exhibere oder restituere körperlicher Gegenstände oder Zustände oder auf Nichtstören des Klägers in einer auch äußeren Vornahme oder einem äußeren Zustande gehen. Wogegen ein bloßer s. g. extraordinärer Zwang der Obrigkeit auch wegen Verpflichtungen eines Bürgers eintreten kann, sei es gegen den Staat, wie zur Gestellung als Militär, zur Theilnahme an den Berathungen des Senates u. s. w., oder gegen Mitbürger, wie die des Zeugen zur Ablegung des Zeugnisses oder zur Recognition seines Zeugensiegels (wie beim interdictum de tabulis exhibendis L. 3 §. 9 D. de tab. exh. 43, 5), des Arbiter zur Abgabe des übernommenen Schiedsspruchs u. s. w."

Auch diese Ausführung jedoch vermögen wir als richtig nicht gelten zu lassen.

Zunächst spricht nicht nur kein Zeugniß dafür, sondern es spricht alles dagegen, daß die Interdicte ausschließlich zum Schutze der cives gedient haben.[49]) Läßt es sich vielmehr wohl kaum bestreiten, daß die nach Staatsverträgen von römischen Gerichten geschützten Angehörigen andrer Staaten und vollends die dem römischen Staate selbst angehörigen peregrini z. B. juristischen Besitz haben konnten, so wird man auch für deren Besitz die Anwendbarkeit des Interdictenschutzes behaupten müssen. Ebenso

49) S. oben §. 1838a Ziffer 89 S. 101 f.

wenig wird man ihnen das interdictum Quod vi aut clam etwa wegen eines opus in publico factum absprechen dürfen, wodurch sie beschädigt worden sind, [50]) oder das interdictum de migrando, die interdicta Salvianum und fraudatorium u. s. w.

Sodann zielen einerseits auch viele Rechtsmittel des ius civile (im Gegensatze zum ius honorarium) auf die Gewährung eines Genusses ab, und zwar nicht blos, wie z. B. die rei vindicatio, die negatoria in rem actio, die confessoria, auf die Gewährung eines Rechtsgenusses, sondern auch, wie namentlich die Besitzcondictionen, auf diejenige des Genusses rein thatsächlicher Interessen; und anderseits zeigt das Dasein petitorischer Interdicte als solches schon genugsam an, daß es zur erfolgreichen Gewährung des Interdictenschutzes keineswegs stets und grundsätzlich auf den Genuß blos thatsächlicher Interessen und Vortheile abgesehen war.

Keinenfalls aber erklärt Huschkes Darstellung, weshalb z. B. von allen Conductoren nur der Domänenpächter und der Superficiar des Interdictenschutzes gewürdigt worden sind; von allen denjenigen, welche einem Andern ihren Besitz auf Rückgabe in specie anvertrauen, nur der precario dans, nicht auch der pignori dans, der Commodant und der Deponent; von allen denjenigen, welchen ihr Besitz widerrechtlich entzogen worden, nur der deiectus, nicht auch der mittels psychischen Zwanges Beraubte, nicht der Betrogene. Nicht minder unerklärt läßt jene Darstellung, weshalb das Edict gelegentlich ein Interdict zur Auswahl neben eine civile Klage stellt, wie das interdictum de itinere actuque privato reficiendo neben die confessoria actio, [51]) in anderen

50) L. 7 §. 8 D. quod vi. 43, 24.
51) L. 4 §. 5 D. si serv. 8, 5. S. unten Ziffer 115 zu N. 82.

Fällen die Wahl zwischen einem Interdicte und einer actio in factum gewährt, wie zwischen interdictum Salvianum und actio Serviana, [51a]) zwischen interdictum fraudatorium und actio Pauliana; [51b]) weshalb die missio damni infecti nomine nur durch Interdict geschützt ist, [52]) die missio rei servandae causa nur durch actio in factum, [53]) die missiones legatorum und ventris nomine durch beiderlei Rechtsmittel; [54]) weshalb die Exhibition regelmäßig mittels der actio ad exhibendum gefordert wurde, in gewissen Fällen dagegen mittels exhibitorischer Interdicte. [54a]) Und endlich dürfte die Thatsache, daß kein Interdict zur Erzwingung einer zugesagten Leistung dient, an sich die grundsätzliche und nothwendige Ausschließung des Interdictenschutzes als solchen von dem Gebiete der Schuldverträge um so weniger beweisen, als es ja bekanntlich auch keine prätorische actio in factum giebt, welche auf Erfüllung eines derartigen pactum geht, obwohl die formelle Zuständigkeit des Prätors, auch zu diesem Zwecke ein iudicium zu gewähren, von den Römern schwerlich bezweifelt worden ist. [55])

51a) S. das. zu N. 51.
51b) S. das. zu N. 58.
52) S. unten Ziffer 115 N. 49b.
53) Lenel ed. perp. §. 216. S. unten Ziffer 115 zu N. 49a.
54) L. 5 §. 27 D. ut in poss. legat. 36, 3. l. 1 §§. 2. 8. l. 3 §. 2 D. ne vis fiat ei. 43, 4. S. unten Ziffer 115 zu N. 50.
54a) S. unten Ziffer 114 N. 44b.
55) Die s. g. pacta praetoria sind sammt und sonders nicht mit Klagen auf Erfüllung einer gemachten Zusage geschützt, sondern mit Klagen auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung, das constitutum debiti zugleich mit der Möglichkeit der sponsio et restipulatio tertiae partis; die hierher gehörigen Klagen haben ohne Ausnahme die Nichterfüllung der übernommenen Leistung, das neque

Wenn also der Prätor die Erzeugung von Klagen auf Erfüllung von Schuldverträgen überhaupt dem ius civile überlassen konnte, so wird er auch die Aufstellung von Interdicten zu diesem Zwecke wohl nicht deshalb unterlassen haben, weil ihm dazu die Vollmacht fehlte, sondern nur deshalb, weil ihm ein Bedürfniß dafür nicht vorzuliegen schien. [56])

110. Angesichts der im Vorhergehenden dargestellten erfolglosen Bemühungen, die Entstehung der Interdicte auf einen gemeinsamen Grundgedanken zurückzuführen, werden wir wohl jeden neuen Versuch in der nämlichen Richtung aufgeben müssen: es kann weder ein besonderer Zweck des eigenthümlichen Interdictenverfahrens, noch eine innere Beziehung der mittels der Interdicte geschützten Verhältnisse als das Band gelten, welches sie zu einer geschlossenen Gesammtheit vereinigt.

Hiernach bleibt kaum eine andre Ansicht übrig, als die von Puchta [57]) aufgestellte und von Schmidt [58]) und

fecisse, quod constituit, — neque restituisse —, neque solvisse oder dergl. zur ausdrücklichen Voraussetzung der Condemnation. Bruns das constitutum debiti in Ztschr. für RG. Bd. 1 S. 57 f. (kleine Schriften Bd. 1 S. 246 f.). Lenel ed. perp. §. 97. §. 49. §. 50. Aus dem receptum arbitrii entspringt eine eigentliche Obligation überhaupt nicht. Vgl. G. Hartmann die Obligation S. 142 zu N. 2. cf. Lenel a. a. O. §. 48. — Auch die actiones depositi und commodati in factum conceptae (Gai. IV, 47) gehen nicht auf Erfüllung, setzen vielmehr die vertragswidrige Nichterfüllung voraus: eamque dolo malo Numerii Negidii Aulo Agerio redditam non esse.

56) So m. E. mit vollem Rechte Schmidt a. a. O. S. 305. A. M. Bekker a. a. O. S. 58 N. 13.

57) Institutionen §. 169 a. E. Vgl. übrigens schon Zimmern a. a. O. S. 226 f.

58) Schmidt Ztschr. für gesch. Rechtswissensch. Bd. 15

Witte [59]) angenommene. Danach verdanken die Interdicte ihren Ursprung lediglich dem Umstande, daß zur Zeit des ausschließlichen Legisactionenprocesses dem Bedürfnisse nach einer vom ius civile nicht unmittelbar gewährten Rechtshülfe nur mittels Ertheilung eines Interdictes genügt werden konnte. [60])

Ohne Zweifel hatte von jeher jeder Angehörige der römischen Gemeinde, wie nicht minder jeder Angehörige eines mit Rom in dem Vertragsverhältnisse gegenseitiger Rechtsgewährung stehenden Gemeinwesens, dem persönlich an ihn gerichteten Befehle eines magistratus cum imperio, vorbehaltlich der Verantwortlichkeit des Letztern, insoweit zu gehorchen, als jener Befehl innerhalb der allgemeinen Zuständigkeit des Befehlenden ergangen war, sollte er gleich auf einer besondern gesetzlichen Grundlage nicht beruhen. Nun aber lag in den Händen der Jurisdictionsmagistrate neben ihrem Antheile an der Rechtspflege auch Verwaltung und Polizei; und so erscheint es als ganz selbstverständlich,

S. 59 und namentlich Interdiktenverfahren S. 304 ff. und IV. S. 313 ff. unter VI.

59) Interdictum Uti possidetis S. 26 f. — Zweifelnd Bruns Recht des Besitzes im Mittelalter S. 45 N. 1. — Wie Puchta Dernburg Pandekten Bd. 1 §. 128. Czyhlarz Lehrbuch der Institutionen §. 162.

60) Dabei darf es ganz dahingestellt bleiben, ob es schon vor der Einführung der Interdicte zum Schutze der res in publico usu in der operis novi nuntiatio ein civiles Schutzmittel für dieselben gegeben habe. Denn selbst wenn dieses gewiß wäre, so würde damit noch keineswegs die Anerkennung eines Bedürfnisses nach umfassenderm und bequemerm Schutze der res publicae ausgeschlossen sein. Vgl. Wach N. 267b zu v. Kellers Civilpr. und über den civilen Ursprung der O. N. N. Burckhard in diesem Commentar Serie der Bücher 39. u. 40. Bd. 1 S. 6 ff.

daß Consuln und Prätoren derartige nicht ausdrücklich auf das Gesetz gestützte Befehle gerade in Verwaltungs- und Polizeisachen mit einer durch die Gewohnheit immer mehr befestigten Regelmäßigkeit erließen. Und ebenso selbstverständlich ist es, einerseits, daß da, wo über die thatsächlichen Voraussetzungen eines beabsichtigten Befehles oder über die gehörige Befolgung eines ertheilten Befehles eine Ungewißheit bestand, der Magistrat, welcher ihn erlassen wollte oder erlassen hatte, diese Ungewißheit mittels einer mehr oder minder förmlichen Beweiserhebung zu beseitigen suchte; und anderseits, daß er den erwiesenen Ungehorsam wider seinen Befehl durch die Mittel seiner magistratischen Zwangsgewalt zu brechen oder zu bestrafen wußte.

Mögen wir uns aber auch das hierbei eintretende Verfahren durch das Herkommen noch so fest geordnet vorstellen: es blieb trotzdem ein reines Verwaltungs- oder Polizeiverfahren, in welchem der Befehlsempfänger nicht eine Partei im Streite, sondern nur den Gegenstand des amtlichen Vorgehens bildete.

Hieran änderte auch der Umstand, daß etwa der Magistrat im Einzelfalle erst auf Anzeige oder auf Anrufen eines Privaten zum Einschreiten sich veranlaßt sah, solange noch nichts, als eben dieses Einschreiten, wenn einmal beschlossen, stets von Amtswegen eintrat und von Amtswegen durchgeführt wurde.

Mit bestem Fug lehnt daher v. Bethmann-Hollweg [61]) den von Leist [62]) für dieses Verfahren gebrauchten

61) Röm. Civilpr. Bd. 1 S. 203 N. 8.

62) Bonorum possessio Bd. 1 S. 330. S. 341 f. Ebenso Schmidt Interdictenverfahren S. 318 N. 43 (vgl. die folgende Note). Sohm Instit. §. 43 unter I 2. Aufl. S. 185 f.

Ausdruck „extraordinariae cognitiones“ ab: denn darunter werden üblicherweise bekanntlich richterliche Untersuchungen und Entscheidungen verstanden, welche der Magistrat ohne Zuziehung von Geschwornen vornahm.

Eben deshalb aber läßt sich das Interdictenverfahren nicht füglich als eine Entwickelung aus diesem Verwaltungs- oder Polizeiverfahren auffassen, [63]) wie es gemäß dem oben Mitgetheilten auffallenderweise gerade v. Bethmann-Hollweg [64]) thut. Denn das Interdictenverfahren ist mindestens seiner Form nach ein Rechtsstreit zwischen Privaten [64a]) und bildet als solcher einen unverkennbaren Gegensatz zu dem andern Verfahren. [64b])

Damit ist nun freilich keineswegs ausgeschlossen, daß das Interdictenverfahren seinen geschichtlichen Anfang in Verhältnissen genommen hat, welche gleichzeitig auch unter dem amtlichen Schutze der mit der Jurisdiction betrauten Magistrate als der obersten Verwaltungs- und Polizeibehörde standen. Es ist vielmehr durchaus wahrscheinlich, daß die ältesten Interdicte sich auf die res divini iuris und die res in publico usu bezogen haben. [64c])

Mit der ihm eignen Feinheit der Beobachtung hat

63) So mit Recht Schmidt a. a. O. (s. N. 62).

64) A. a. O. Bd. 2 S. 345. S. oben Ziffer 107 S. 298 f.

64a) So mit Recht Witte Interdictum Uti possidetis S. 9.

64b) Vgl. Theophil. ad pr. I. de interd. 4, 15: *Ἰντερδίκτον δέ ἐστιν ὁμιλία πραίτωρος μεταξὺ δύο τινῶν περὶ νομῆς ἢ ὡσανεὶ νομῆς ἀγονιζομένων γινομένη, οὐ τέμνουσα τὴν ὑπόθεσιν, ἀλλὰ ῥυθμίζουσα τὸν δικαστὴν, ὅπως χρὴ κρίνειν περὶ τῆς ὑποθέσεως.* Den Hinweis auf diese Stelle verdanke ich einer Notiz O. E. Hartmanns.

64c) A. M. Pfersche Interdicte S. 51 f. wegen der bei den öffentlichen Sachen die Zuständigkeit des Prätors überwiegenden Zuständigkeit des Censors.

Schmidt[65]) dafür einen m. E. überzeugenden Beweisgrund der Thatsache entnommen, daß die hierher gehörigen Interdicte gegen denjenigen, qui factum u. s. w. habet, den Zusatz hinsichtlich des dolo malo fecisse, ut haberi desineretur oder dergl. entbehren, welchen die entsprechenden Interdicte für Gegenstände privati iuris zeigen. „Die letzteren Interdicte," sagt Schmidt, „mögen später, in der Zeit der feiner entwickelten Jurisprudenz entstanden sein, während jene Anfänge mit der Abhülfe gegenüber dem dringendsten Bedürfniß sich begnügten. Nun blieben die genannten älteren Formen auch später in dem Edict unverändert," da schon Labeo sie so behandelte, als ob sie den fraglichen Zusatz enthielten.[66])

Der innere Grund dafür, daß die Interdicte zum Schutze der res divini iuris und der res in publico usu die ältesten sind, dürfte in folgender Erwägung liegen. Es ist viel leichter anzunehmen, daß für Verhältnisse, welche das Gesetz bereits unter den Schutz der Verwaltung und Polizei gestellt und damit als schutzwürdige und schutzbedürftige anerkannt hatte, aus dem Imperium der mit diesem Schutze betrauten Organe neue Formen des Schutzes hervorgegangen seien, als daß eben jenes Imperium für ein bisher überhaupt noch nicht geschütztes Verhältniß zuerst einen Schutz geschaffen habe, und zwar nicht mittels des Verwaltungs- oder Polizeiverfahrens, sondern mittels Aufstellung einer gerichtlichen Procedur, welche obendrein in solcher Art noch gar nicht bestand.

Man möchte geneigt sein, für die Ansicht, daß die Popularinterdicte die ältesten Interdicte sind, noch einen andern Grund geltend zu machen, nämlich die Meinung v. Iherings,[66a]) wonach die Popularklagen überhaupt, als

65) A. a. O. S. 159.
66) Vgl. oben §. 1837 Ziffer 58 Thl. 1 S. 336 f.
66a) Geist des römischen Rechts Thl. 1 §. 14 1. Aufl. S. 186 f.

deren älteste gewiß mit Recht die Popularinterdicte gelten,[66b]) ihrer ursprünglichen Idee nach bestimmt gewesen seien, das eigenthümliche Verhältniß des ungetheilt-gemeinsamen Rechtes der Bürger an den res publicae zu schützen. Denn ohne Zweifel führt diese Idee auf die Anfänge des römischen Gemeinwesens zurück, wie v. Ihering selbst sie aus der Gentilverfassung herleitet. Allein ein Verhältniß, welches hiernach von den Uranschauungen der geschlechterweis zum populus Romanus Quiritium vereinigten Bürger getragen worden wäre, hätte sicherlich von vornherein unter dem Schutze des ius civile gestanden; und es bliebe geradezu unbegreiflich, wie ein solcher Schutz des ius civile spurlos von prätorischen Rechtsmitteln hätte verdrängt werden mögen. Die Thatsache, daß der rechtliche Schutz der res publicae ausschließlich durch Popularinterdicte ertheilt wird, nöthigt uns also, v. Iherings Meinung für unhaltbar zu erklären, wie dieselbe in der That auch in den Quellenaussprüchen keine Stütze findet.[66c])

zu N. 92 ff. (4. Aufl. S. 201 f.); der Streit zwischen Basel-Land und Basel-Stadt S. 39. Zustimmend Bruns Zeitschrift für Rechtsgeschichte Bd. 3 S. 406 ff. (kl. Schriften Bd. 1 S. 367 ff.).

66b) Bruns a. a. O. S. 408 f. (kl. Schr. Bd. 1 S. 369 f.).

66c) In seiner Schrift „Der Streit zwischen Basel-Land und Basel-Stadt" S. 39 N. *) führt v. Ihering zur Begründung des Satzes: „Wie der Eigenthümer durch die rei vindicatio sein Recht, so machte jeder aus dem Kreis, für den die res publicae bestimmt sind, mittelst der actio popularis das seinige geltend" an: l. 42 pr. de proc. 3, 3 . . . quasi privatae actionis; l. 3 §§. 9 und 12 de sepulch. 47, 12; l. 2 §. 2 ne quid in loc. 43, 8 . . et tantum iuris habemus ad obtinendum, quantum quilibet ex populo ad prohibendum; und endlich arg. l. 6 de pop. act. 47, 23: . . cum ad eos pertineat. Keiner dieser Stellen kommt für v. Ihe-

War aber einmal eine eigenthümliche Form des gerichtlichen Verfahrens kraft des Imperium hervorgerufen, so

ring die mindeste Beweiskraft zu: sie dürften ihn vielmehr widerlegen. L. 42 pr. D. 3, 3 setzt das Popularinterdict Quo minus illi via publica ire agere liceat, vim fieri veto — in dem Falle, wo der Impetrant zugleich ein persönliches Interesse verfolgt, als quasi privata actio dem gewöhnlichen Falle entgegen, wo ein persönliches Interesse nicht vorliegt. S. oben §. 1833 Ziffer 3 Thl. 1 S. 27 N. 63. Besonders deutlich wird dies durch den Hinweis auf die actio sepulchri violati, welche eben für denjenigen, ad quem ea res pertinet, gar nicht als actio popularis auf 100000 Sesterze (100 aurei) proponirt ist, sondern als actio privata auf quantum ob eam rem aequum videbitur. L. 3 pr. D. de sepulchro viol. 47, 23. Lenel ed. perp. S. 181. — L. 3 cit. §. 9 spricht eben von jener actio privata sepulchri violati, nämlich für den Fall mehrerer persönlich Interessirten, deren jedem sie die Klage giebt, quia in id, quod uniuscunque interest, agitur, während eine actio popularis durch Prävention des zuerst zur Litiscontestation Gelangenden für alle Uebrigen ausgeschlossen bleibt. L. 3 cit. §. 12 sagt: Haec actio popularis est, — selbstverständlich für den Fall, wo niemand da ist, ad quem ea res pertinet. — L. 2 §. 2 D. ne quid in loco publ. 43, 8, auf welche v. Ihering besonderes Gewicht legt, handelt gar nicht von einer Popularklage, sondern von dem interdictum privatum Ne quid in loco publico facias inve eum locum immittas, qua ex re illi damni detur. S. oben §. 1835 Ziffer 8 Thl. 1 S. 54 f. zu N. 37 ff. Obendrein spricht sie ausdrücklich dem Bürger die Benutzung an loca publica als an quasi propria cuiusque ab, giebt ihm dieselbe vielmehr nur iure civitatis. Pernice Labeo Bd. 1 S. 271. In den mitgetheilten Worten fügt sie hinzu, es habe der eine Bürger genau so viel Recht zur Benutzung, als jeder andere darauf, ihn an derselben zu behindern, und eben

war es alsdann allerdings eine ganz natürliche Entwicklung, daß man eben dieses Verfahren auf neu auftauchende Schutzbedürfnisse erstreckte.

Gewiß aber mußte es sich im alten Rom bald zeigen, daß das amtliche Einschreiten der Verwaltung und Polizei nicht ausreichte, um die res divini iuris und die res in publico usu gegen alle Gefährdungen und Verletzungen zu sichern.

Zwar die augenfälligen und unmittelbar das Gemeinwesen berührenden Uebergriffe mochte man namentlich in der Stadt, wo der Polizei ein größeres Unterpersonal zur Verfügung stand, [67]) damit genügend treffen. Wer jedoch weiß, wie selbst unter den Augen einer tüchtig geleiteten Polizei tagtäglich wenigstens in unseren kleinen Städten ziemlich arge Polizeiwidrigkeiten hinsichtlich der öffentlichen Straßen ungeahndet bleiben, sofern sie zunächst wesentlich nur den Nachbarn berühren, der begreift, daß das auch im

deshalb sei derjenige, der in publico eine Anlage machen wolle, welche einen Andern schädigen würde, dem fraglichen Interdicte des Letztern ausgesetzt. — L. 6 cit. D. de pop. act. 47, 23 endlich sagt, Frauen und Unmündige werden nur dann zur Erhebung einer Popularklage zugelassen, wenn sie persönlich interessirt seien, ergiebt also durch ein unabweisbares argumentum a contrario, daß an und für sich eine Popularklage eben ein persönliches Interesse des Klägers nicht voraussetzt. Vgl. Pernice a. a. O. S. 272 ff. Maschke Zeitschrift der Savigny-Stiftung roman. Abth. Bd. 6 S. 230 ff.

67) Bezeichnend ist hierfür, daß und weshalb das interdictum Ne quid in via publica itinereve publico fiat, quo ea via idve iter deterius sit fiat, sich auf viae rusticae beschränken konnte. L. 2 §. 24 D. ne quid in loco publ. 43, 8 (Ulp. lib. 68. ad ed.) Hoc interdictum tantum ad vias rusticas pertinet, ad urbicas vero non: harum enim cura pertinet ad magistratus. Vgl. tit. D. 43, 10.

alten Rom kaum anders gewesen sein kann. Nur wer den Lebensverhältnissen ganz fern steht, wird etwa wähnen, daß hier ja doch die Möglichkeit der Anzeige Abhülfe zu schaffen vermöge. Die ausschließliche Verweisung auf diesen Weg bringt fast unvermeidlich je nach den Umständen das eine oder das andre zweier entgegengesetzter Uebel mit sich.

Entweder, und das dürfte namentlich für kleinstädtische Zustände gelten: der Betheiligte scheut sich, mittels der für ihn selbst gefahrlosen Anzeige die Uebergriffe des Nachbarn zur Ahndung zu ziehen, weil dies leicht als gehässige Angeberei ausgelegt wird, während dieselben Personen, welche eine solche Auffassung hegen, nichts Gehässiges darin finden würden, wenn jener wegen der ihm zugefügten Beeinträchtigung auf eigne Gefahr und Kosten den Rechtsweg beträte. Die Folge hiervon wird dann eine für den Unbefangenen fast unglaubliche Abstumpfung gegen das Gemeininteresse überhaupt sein, gemäß der traurigen Philisterklugheit: „Thue mir nichts, ich thue dir auch nichts.“ Ja, von solcher Gesinnung beherrscht, wird das Publicum sogar der Behörde, wenn sie etwa ungerufen einschreiten sollte, mit geflissentlich herausgekehrtem Uebelwollen jeden heilsamen Schritt zu verkümmern, mindestens zu erschweren suchen.

Oder, und das möchte insbesondere für Zeiten eines bis in die Privatverhältnisse eindringenden Treibens politischer oder fast noch schlimmerer gesellschaftlicher Parteiungen zutreffen: die Denuntiationen geschehen nicht sowohl der Sache wegen, als vielmehr um den Gegner persönlich zu kränken, und deshalb oft ohne Maß und selbst ohne thatsächliche Grundlage, nicht selten sogar ohne den Namen des Angebers, der sich übrigens auf alle Fälle persönlich meist zu decken weiß. So wird dann eben das Mittel, welches bestimmt war, dem Gemeinwohle zu dienen, eine vergiftete Waffe zu dessen ärgster Schädigung.

Hätten diese Wahrheiten den offenen Blicken der Leiter des römischen Gemeinwesens entgehen sollen?

Fürwahr, als echte Lebensklugheit will es uns erscheinen, wenn jene die Mitwirkung der Bürger in der Wahrnehmung des Gemeinwohles, auf welche sie nicht verzichten wollten, einerseits durch Aussicht auf einen Privatvortheil rege zu halten, anderseits aber dadurch auch des Scheines der Gehässigkeit zu entkleiden wußten, daß sie derselben die Form des, Wind und Sonne beiden Parteien gleich zutheilenden, Rechtsstreites gaben.

Das ist nach unsrer Ansicht der Ursprung des Interdictenverfahrens.

Wenn also v. Bethmann-Hollweg[68]) jenen Ursprung für manche Interdicte darin erblickt, daß ein Rechtshandel im Polizeiwege erledigt werden sollte, so müssen wir denselben im schärfsten Gegensatze dazu umgekehrt darin setzen, daß eine Polizeisache in einen Rechtshandel umgestaltet wurde.

Richtig haben also bereits Bekker[69]) und Huschke[69a]) zum Wesen des Interdictenverfahrens auch das gerechnet, daß daraus Rechtsverhältnisse oder eigene Ansprüche der Parteien erwachsen.

68) Röm. Civilpr. Bd. 1 S. 203 zu N. 6. S. oben Ziffer 107 S. 298. Vgl. übrigens v. Bethmann-Hollweg a. a. O. Bd. 2 S. 94 zu N. 21 f. S. 345 zu N. 3.

69) Aktionen Bd. 2 S. 51 f.: „Das interdictum ist ein Befehl des Prätors, in der einzelnen Sache an den gegenwärtigen Befehlsempfänger, im Interesse einer andern ebenso gegenwärtigen Partei, um zwischen beiden ein Rechtsverhältniß herzustellen, so daß dieser zu fordern, jener zu leisten, bald zu thun, bald zu unterlassen hat."

69a) Multa S. 72 f. die oben Ziffer 109 S. 314 zuerst mitgetheilten Worte.

111. Ein Zweifel besteht jedoch betreffs des Mittels, wodurch der Magistrat über das von ihm erlassene Interdict den Rechtsstreit eröffnete.

Selbstverständlich gehört die Ansicht derjenigen gar nicht hierher, welche zur Durchsetzung eines im reinen Verwaltungs- oder Polizeiverfahren erlassenen Befehles dem Magistrate multae dictio und pignoris capio beilegen. Denn hier handelt es sich ja eben um die Durchsetzung eines solchen Befehles, der einen Rechtsstreit zur Folge hat.[70]) In der That nehmen alle jene Gelehrten, soviel ich sehe, an, daß die Form des Rechtsstreites aus einem Interdicte ursprünglich stets durch sponsio und restipulatio vermittelt worden sei, aus welchen eine legis actio sacramento in personam und später auch per condictionem stattfinden konnte.

Der Einzige, welcher schon für den Ursprung der Interdicte das eigne Cognosciren des Magistrates und die Durchsetzung des von ihm erlassenen unbedingten Befehles mit Multen entschieden verwirft, nämlich Huschke,[71]) will dafür eine höchst eigentümliche Verwendung der Multen behufs der Herstellung eines wirklichen Rechtsstreites an die Stelle treten lassen.[72]) Gestützt auf seine Auslegung des oskischen Gesetzes der tabula Bantina[73]) fährt Huschke im Anschlusse an das oben[74]) Mitgetheilte fort:

„Nach dieser Natur der Interdicte mußte nun bei ihnen zur Zeit der iurgia und legis actiones eine ganz andere Art der multae dictio als beim bloßen Durchsetzen eines concreten Befehles eintreten. Es mußte der geschil-

70) Vgl. Huschke Multa S. 71 f.
71) A. a. O. S. 72.
72) A. a. O. S. 74 f.
73) A. a. O. S. 62 ff.
74) Ziffer 109 S. 315.

derten Natur des damaligen ordentlichen Processes gemäß, [75]) in dessen Art ja das Interdict zur Durchführung kommen sollte, auch ein mehrmaliges ähnliches Trutzen der Parteien über den aus dem Interdict erlangten Anspruch auf Gehorsam gegen das Gebot oder Verbot stattfinden und dieses beiderseits jedesmal mit einer Mult — wie bei der legis actio mit einem sacramentum — belegt werden, da der Kläger, welcher den Ungehorsam freventlich behauptete, nicht weniger wie der Beklagte, der ihn bestritt, sich an der Auctorität des Prätors verfehlte, die Mult aber auch für beide bedingt — ausgesprochen werden, da erst das Erkenntniß nach dem Schlusse dieses Verfahrens entscheiden konnte, wer von beiden wirklich gefehlt habe. Aus dieser Mult im älteren Verfahren erklärt sich nun die spätere sponsio und restipulatio bei den Interdicten."

Bekanntlich hat die Huschke'sche Uebersetzung jenes oskischen Gesetzes die stimmeneinhellige Zurückweisung seitens der berufensten Urtheiler erfahren. [76]) So genügt die Hindeutung hierauf, um im entschiedenen Gegensatze zu Huschke die Behauptung zu begründen, daß die tabula Bantina vom Interdictenverfahren nicht einmal für Bantia etwas enthält.

Auf jeden Fall aber ist Huschke den Beweis schuldig geblieben, daß aus dem in Bantia etwa angewandten Verfahren ein auch nur einigermaßen sicherer Schluß auf das Interdictenverfahren in Rom zulässig sei.

Allerdings meint der genannte Gelehrte für die ursprüngliche Anwendung der Multen im römischen Inter-

75) Vgl. Huschke das alte römische Jahr S. 323 ff. Multa S. 66. S. 412. S. 421.

76) Vgl. Bruns fontes iuris Romani ed. V. p. 46 sq. n. 3. P. Krüger Geschichte der Quellen und Litteratur des Römischen Rechts S. 71 N. 9.

dictenverfahren zwei Zeugnisse entdeckt zu haben,[77]) nämlich Plaut. Poen. V, 5, 55 sq. (v. 1336 sq.) und Cic. de Orat. I, 10, 41.

Die erstere Stelle, ein Gespräch zwischen Agorastocles und Hanno über das geeignetste Verfahren gegen den Kuppler Lycus, lieset Huschke so:

Ag. Rapiamus in ius. *Ha.* Minume. *Ag.* Quapropter?
Ha. Quia iniuriarum multam dici satius est —

und bemerkt dazu: „Unter den Widerrechtlichkeiten (iniuriae) des Leno ist nach dem Vorhergehenden zu verstehen, daß er freie Mädchen als Sclavinnen hielt und dem Agorastocles Gold entwendet hatte. Hanno will ihm deshalb lieber einen Multproceß (interd. de libero hom. exhibendo, beziehungsweise wegen des Goldes Utrubi) anhängen, als eine actio (liberalis causa und beziehungsweise furti) anstellen."

Diese Auffassung ist offenbar nur dann überhaupt möglich, wenn es als ausgemacht gilt, daß die Ladung vor den Prätor zwecks Erwirkung eines Interdictes, über welches dann mittels des von Huschke angenommenen Multverfahres weiter verhandelt werden sollte, nicht durch in ius vocatio seitens des Impetranten geschehen konnte, sondern nur durch obrigkeitliche vocatio. Nun aber steht jene Voraussetzung völlig in der Luft: die allgemeine Grundlage, welche Huschke ihr mittels der Behauptung zu ertheilen sucht, es habe bei allen Cognitionen obrigkeitliche Ladung stattfinden müssen,[78]) ist unhaltbar;[79]) ein Beweisgrund

77) A. a. O. S. 70. vgl. S. 54 N. 142.
78) A. a. O. S. 54 zu N. 142 f. Ebenso v. Bethmann-Hollweg röm. Civilproceß Bd. II S. 769 ff.
79) S. l. 9 D. de in ius voc. 2, 4. l. 43 D. de A. E. 19, 1. l. 3 Cod. de proc. 2, 12. Plin. panegyr. 36. Vgl. O. E. Hartmann römische Gerichtsverfassung S. 498 f.

für die obrigkeitliche Ladung im ältesten Interdictenverfahren insbesondere würde sich aus unsrer Stelle erst dann ergeben, wenn es feststände, daß sie vom Interdictenverfahren rede. Bis dahin vermögen wir in Huschkes Ausführung nichts zu erblicken, als eine petitio principii in einem circulus inextricabilis.

Sodann ist von jeher das Utrubi gleich der vindicatio auf Geldstücke (— aurei trecenti nummei, qui vocantur Philippei — Poen. III, 4, 3 sq. v. 713 sq.) nur dann anwendbar gewesen, wenn sich deren Identität feststellen läßt; daran aber dürfte im fraglichen Falle kaum zu denken sein.

Vor allem aber würde es doch auch für Plautus, und mag er noch so gern vor dem römischen Publicum mit seinen Rechtskenntnissen kokettirt haben,[80]) allzu frostig sein, eine Meinungsverschiedenheit zu erörtern, deren Bedeutung nicht sowohl in einem sachlichen Gegensatze liegt, als vielmehr in dem rein formellen der Ladungsweise: dieser Gegensatz, welcher obendrein nicht einmal ausgesprochen ist, sondern als männiglich bekannt vorausgesetzt werden müßte, würde sicherlich für die Menge auch des römischen Publicums völlig interesselos geblieben sein.

In der That besteht, wie Alfred Pernice[81]) treffend bemerkt, die Meinungsverschiedenheit zwischen Agorastocles und Hanno darin, daß jener einen Civilproceß gegen den Kuppler beginnen will, dieser ein Strafverfahren, wie dementsprechend in der folgenden Scene (V, 6, 14 sq. v. 1350 sq.) jener sagt: Duplum pro furto mihi opus est; dieser aber: Et mihi suppliciis multis. Hierzu paßt der handschriftlich[82]) überlieferte Text: „quia iniuriarum multo

80) Huschke Multa S. 54 N. 142 a. E.
81) Ztschr. der Savigny-Stiftung Bd. 5 S. 33 N. 1.
82) S. die kritische Note der Ausgabe von Ritschl-Goetz-Loewe.

induci satius" durchaus, wenn man mit F. Schöll[83]) die Wörter „multo" und „induci" umstellt. Der Genetiv „iniuriarum" ist hierbei als abhängig von „induci" zu betrachten, ähnlich wie er bei accusare steht; inducere aber würde soviel bedeuten wie „eins überziehen, prügeln," [84]) „so etwa, wie man alapam, colaphum, pugnum ducere sagt." [85]) „Beides ist doch wohl sprachlich zulässig." Uebrigens gelangt man, wie Pernice ausführt, „zu dem sachlich gleichen Ergebnisse, wenn man multam indici liefet. Bei Plautus findet sich das Wort multa überhaupt nicht technisch verwendet, sondern multam dicere oder inrogare wird von Privatpersonen gebraucht und heißt einfach: bestrafen, ahnden." [86])

Cic. de Orat. I, 1, 41 lautet gemäß der Ueberlieferung:

Quod vero in extrema oratione quasi tuo iure sumpsisti, oratorem in omnis sermonis disputatione copiosissime posse versari, id, nisi hic in tuo regno essemus, non tulissem, multisque praeessem [*al.* praeissem], qui aut interdicto tecum contenderent aut te iure manum consertum vocarent, quod in alienos possessiones tam temere irruisses.

Huschke[87]) geht davon aus, daß in dieser juristischen Anspielung weder die Lesart „praeessem," noch diejenige „praeissem" einen passenden Sinn gebe, da auch an ein

83) Dessen Vermuthung Pernice a. a. O. mittheilt.
84) Vgl. Plaut. Asin. III, 2, 6 (v. 551): inductoresque acerrumos gnarosque nostri tergi. Pernice a. a. O.
85) Phaedri fab. V, 3, 2; Quintil. VI, 3, 83; l. 4 D. de iniur. 47, 10. Pernice a. a. O.
86) Truc. IV, 3, 70 (v. 844); Amph. II, 2, 232 (v. 852); Stich. V, 4, 43 (v. 723 sq.); Capt. III, 1, 34 sq. (v. 494 sq.). Pernice a. a. O.
87) A. a. O. S. 70.

praeire in verba concepta, d. h. Angabe der zu gebrauchenden Formeln, weder der Sprache noch dem Sinne nach gedacht werden könne. Der Sinn erfordre offenbar etwas, worin ein processuales Unterstützen solcher liege, die den Proceß durch interdictum Uti possidetis oder legis actio sacramento anstellen. Dieses könne nur Bürgschaft sein, und vergleiche man die freilich weit schlechtere Nachäffung bei Fronto ep. ad M. Caesarem 3, 16:[87a]) „me vade, me praede, me sponsore celeriter te in cacumine eloquentiae sistam," so werde man unbedenklich lesen: multisque praes essem. Nun sei zwar die Stellung von praedes beim Sacramentsverfahren als eine für jede Partei durchaus nothwendige bekannt genug, weil der Staat durch solche für das Sacramentum habe gesichert werden müssen.[88]) Beim interdictum Uti possidetis dagegen sei nach dem spätern Wettverfahren (per sponsionem et restipulationem) nicht einmal eine sponsio oder sonstige Privatbürgschaft als nothwendige Bedingung seiner Anstellung vorgekommen. Cicero müsse also das ältere den legis actiones ebenbürtige Verfahren der Interdicte vor Augen gehabt haben, wo, wie bei diesen für das Sacramentum, so für eine Mult, welche damals die Stelle der spätern Wettstrafe eingenommen habe, praedes an den Schatz haben gestellt werden müssen. Dieses sei auch bei einer bloßen Anspielung und gleichsam sprichwörtlichen Redensart ebenso unbedenklich, wie man später noch figürlich subscribere und adstipulari alicui gesagt habe, als die Sache schon abgekommen. Es werde aber auch noch durch das bei Cicero Folgende (§. 42) bestätigt. Agerent enim tecum lege Pythagorei omnes atque Democritici ceterique in suo

87a) M. Cornelii Frontonis et M. Aurelii imperatoris epistulae rec. Naber Lips. 1867 p. 55.

88) Gai. IV, 13. 16.

(sc. agro) iure physici vindicarent ornati homines in dicendo et graves, quibuscum tibi iusto sacramento contendere non liceret. Andere, heiße es ferner, urgerent — convincerent — litem tibi intenderent u. s. w. Cicero bleibe also in seinem Bilde. Da er nun interdictum und legis actio in rem zu Grunde gelegt habe, so würde nichts natürlicher gewesen sein, als im Folgenden auch (für das Interdict) ein sponsionem tecum facerent anzubringen, welches dem sacramento contendere so schön entsprochen haben würde. Daß er dieses nicht thue, müsse einen Grund gehabt haben, und dieser liege ohne Zweifel in dem vorherigen praes essem, welches das Sponsionsverfahren ausgeschlossen und ihn genöthigt habe, sich weiterhin mit allgemeinen Ausdrücken zu begnügen, welche auch für das Multverfahren passend seien, wie urgere.

Was aber hätte Cicero veranlassen mögen, dem großen Rechtsgelehrten Q. Mucius Scaevola Pontifex eine Anspielung auf ein längst beseitigtes Institut in den Mund zu legen, welche in keinem einzigen der zur Veranschaulichung jener allgemeinen Aeußerung beigefügten Beispiele verwerthet werden durfte? ja, umgekehrt dazu nöthigen mußte, daß ein sachlich geeignetes Beispiel seiner Eigenthümlichkeit entkleidet, wo nicht ganz unterdrückt wurde? — Und wenn subscribere und adstipulari in dem übertragenen Sinne von „zustimmen," „beipflichten" [89]) unbedenklich gebraucht werde, obwohl es keine subscriptio, d. h. keine Unterstützung einer Criminalanklage durch schriftliche Beitrittserklärung, [90]) und keine Nebengläubigerschaft durch

89) Ueber subscribere vgl. z. B. l. 18 D. de adopt. 1, 7; über adstipulari l. 1 Cod. Th. de honorar. codicill. 6, 22. l. 1. Cod. Th. quid probare deb. 7, 2. Dirksen manuale s. v. subscribere §. 4. s. v. adstipulari §. 2.

90) S. darüber Bruns die Unterschriften in den römischen Rechtsurkunden S. 59 f.

adstipulatio mehr giebt, — so erklärt sich das eben daraus, weil bei jenem übertragnem Sinne an die ursprüngliche Bedeutung dieser Ausdrücke gar nicht mehr gedacht wird. Gerade das Gegentheil aber würde in der fraglichen Aeußerung Ciceros mit dem Ausdrucke „praes esse“ der Fall sein: denn entspricht derselbe hinsichtlich der legis actio sacramento unverkennbar seiner wirklichen Bedeutung, so müßte es unerträglich genannt werden, wenn er in dem nämlichen Athem hinsichtlich des daneben genannten Interdicts als gleichsam blos sprichwörtliche Redensart erscheinen sollte. Schlagend vollends gegen Huschkes Conjectur sind die von Alfred Pernice[91]) geltend gemachten Gründe: der sprachliche, daß das vorangehende tulissem nothwendig auch hier ein Plusquamperfectum, und der Satz: „ich hätte das nicht ertragen,“ die Folge erfordere: „sondern hätte die Leute veranlaßt, sich zur Wehr zu setzen;“ — und nicht minder der sachliche, es sei schlechthin unglaublich, daß ein Rechtsfreund sich erbiete, gleich für eine ganze Menge Leute, multi, die im Folgenden einzeln aufgezählt werden, Bürgschaft zu übernehmen. Bestätigt jedoch jener sprachliche Grund die Lesart: praeissem, — so dürfte es sich nach einer andern völlig klaren Stelle Ciceros[92]) nicht füglich bezweifeln lassen, daß Pernice den Sinn dieser Lesart mit bestem Fug als ganz vortrefflich passenden so umschreibt: „ich würde ihnen die Formel an die Hand gegeben haben.“

91) A. a. O. S. 33 f. N. 1.

92) Pro Mil. 2, 3: — qui hesterna etiam concione incitati sunt, ut vobis voce praeirent, quid iudicaretis. Vgl. auch Ascon. in Mil. p. 46 Or.: (L. Cassius) quotiens quaesitor iudicii alicuius esset, in quo quaereretur de homine occiso, suadebat atque etiam praeibat iudicibus hoc —, ut quaereretur, cui bono fuisset perire eum, de cuius morte quaeritur.

Können nach dem Allen auch wir Huschkes Conjectur als „geistvolle" nicht anerkennen,[93]) so hat damit für uns die Hypothese des genannten Gelehrten über die älteste Form des Interdictenverfahrens den letzten Schein einer Quellenunterstützung verloren. Wir werden uns der herrschenden Ansicht anzuschließen haben, nach welcher die ursprüngliche Form des Interdictenverfahrens sich per sponsionem et restipulationem vollzogen hat.

112. Eine genaue Bestimmung des Zeitpunctes, in welchem dieses Verfahren zuerst eingetreten ist, wird sich auch mit nur annähernder Sicherheit nicht gewinnen lassen.

Daß dasselbe i. J. 685 d. St. (69 v. Chr.) alteingebürgert war, zeigt, wie Schmidt[94]) bemerkt hat, Ciceros im bezeichneten Jahre gehaltene Rede pro Caecina.[94a]) Hier heißt es nämlich c. 13 §. 36 vom Prätor:

Qui dies totos aut vim fieri vetat aut restitui factam iubet, qui de fossis, de cloacis, de minimis aquarum itinerumque controversiis interdicit etc.

Dieselbe Rede beweiset, daß das interdictum Unde vi damals schon eine Veränderung seiner Fassung erlitten hatte.[95])

pro Caec. 17, 49: Quid? detrusum dicesne? Nam eo verbo antea praetores in hoc interdicto uti solebant.[96])

Und in der, i. J. 682 oder 683 d. St. gehaltenen,[96a])

93) Wie es Wach zu v. Kellers Civilpr. N. 861 a. E. thut.

94) Ztschr. für gesch. Rechtswissensch. Bd. 15 S. 59 zu N. 19. Interdiktenverfahren S. 303 f.

94a) Teuffel Geschichte der römischen Literatur 3. Aufl. §. 179 unter 13.

95) Schmidt Interdictenverfahren S. 303 zu N. 16.

96) Vgl. Cic. pro Tull. 12, 29 (s. oben S. 35).

96a) Teuffel a. a. O. unter 4.

Rede pro Tullio 19, 44 bemerkt Cicero von eben jenem Interdicte:

Fuit illud interdictum *apud maiores nostros* de vi, quod hodie quoque est. [97])

Aehnlich heißt es pro Caec. 16, 45 mit Rücksicht auf das Uti possidetis:

At vero hoc quidem tam *vetus* est et *maiorum exemplo* multis in rebus *usitatum* etc. [98])

Im Einklange mit diesen Aeußerungen setzt Cicero in der oben besprochenen Stelle de orat. I, 10, 41 [99]) für das Jahr 663 d. St., in welchem er das jene Abhandlung einkleidende Gespräch stattfinden läßt, [100]) ein Interdict wegen Einbruchs in fremden Besitz als bekannt voraus.

Endlich führt ein durchaus sicheres Zeugniß sogar noch um mehr als ein volles Jahrhundert zurück. Unverkennbar nämlich spielt Plautus auf das Utrubi an, wenn in dem, 554 d. St. zuerst aufgeführten, [1]) Stichus IV, 4, 14 (v. 700) Sagarinus fragt:

Uter amicam utrubi adcumbamus?

und Stichus darauf antwortet:

Abi tu sane superior. [2])

97) Witte interdictum Uti possidetis S. 7.
98) S. oben §. 1836a Ziffer 39 Thl. 1 S. 219. Witte a. a. O.
99) S. Ziffer 111 S. 332.
100) Teuffel a. a. O. (N. 94[a]) §. 182 unter 2.
1) Teuffel a. a. O. §. 97 unter 18. Krüger kritische Versuche S. 83 N. 1.
2) Rudorff ed. perp. §. 268 N. 1 und Zus. 143 zu v. Savignys Besitz S. 701. Zustimmend Bekker Aktionen Bd. 2 S. 56 N. 9. Recht des Besitzes S. 118. Huschke Multa S. 54 N. 142 a. E. Wach zu v. Kellers röm. Civilpr. N. 863. Kappeyne Abhandlungen

Weniger zuverlässig dagegen sind zwei andere Spuren, welche man für nahezu den gleichen Zeitpunct zu entdecken gemeint hat.

Die eine derselben soll der Umstand enthalten, daß die Schenkung einer res mobilis erst dann der Anfechtung ex lege Cincia nicht mehr unterliegt, wenn die geschenkte Sache vom Schenknehmer maiore parte anni possessa est, ut et interdicto Utrubi superior sit. [3]) Zwar dürfte, sagt Witte, [4]) nicht vorausgesetzt werden, daß jene Vorschrift in der lex Cincia ausdrücklich ausgesprochen gewesen sei, [5]) vielmehr sei es durch die Wissenschaft festgestellt, wann eine donatio als perfecta gelten müsse; allein bei der die Freiheit des Verkehres immer mehr fördernden Entwickelung des römischen Rechtes sei es höchst unwahrscheinlich, daß die Erfordernisse für die Perfection einer Schenkung von beweglichen Sachen nachträglich gesteigert worden sein sollten. Somit sei anzunehmen, daß die Voraussetzung eines Besitzes maiore parte anni zur Perfection der Schenkung einer Mobilie, m. a. W. das Utrubi, bereits der lex Cincia v. J. 550 d. St. bekannt gewesen sei. —

S. 164 N. 5. — Nur im Zusammenhange mit der ersten Stelle kann in Betracht kommen Stich. V, 5, 9 (v. 750) Stephanium: Utrubi accumbo? Sagarinus: Utrubi tu vis? Stephan.: Cum ambobus volo: nam ambos amo. — Auf eine Anspielung bei Terent. Eunuch. (zuerst aufgeführt a. u. 593. Teuffel a. a. O. §. 109 unter 5) II, 3, 27 sq. (hanc tu mihi vel vi vel clam vel precario Fac tradas) macht Kappeyne a. a. O. aufmerksam.

3) Vat. fragm. 293. 311.

4) A. a. O.

5) Wie dies ältere Gelehrte angenommen haben, z. B. laut Schmidt Interdiktenverf. S. 303 N. 13 Burchardi Lehrbuch des röm. Rechts Thl. 2 §. 153 und dagegen Schmidt a. a. O.

So scharfsinnig diese Beweisführung ist, so unsicher erscheint ihr Ausgangspunct, nämlich die Behauptung, es sei nicht anzunehmen, daß man das Perfectwerden der verbotenen Schenkungen noch nachträglich erschwert habe. Denn, zu schweigen von der wohl begründeten Vermuthung, daß das auf Schenkungen eines höhern Betrages beschränkte Verbot der lex Cincia durch das Edict auf die kleinsten Schenkungen erstreckt worden ist, [6]) — es konnte die römische Praxis kaum umhin, den in ihr zur Geltung gelangten Satz, wonach eine verbotswidrige Schenkung solange anfechtbar ist, als zu ihrer vollständigen Verwirklichung noch irgend etwas fehlt, auch da zur Anwendung zu bringen, wo der, die Anfechtung ermöglichende, Mangel als solcher auf einer jüngern Rechtsbildung beruht. Selbst wenn also die lex Cincia das Utrubi nicht vorgefunden haben sollte, so hätte doch ihre Handhabung mit der Eigenthümlichkeit dieses, gleichviel zu welcher Zeit eingeführten, Interdictes rechnen müssen. Sie that dies bekanntlich, indem sie beim Utrubi zwischen Schenkgeber und Schenknehmer dem Letztern die accessio possessionis aus der Person des Erstern versagte.

Eine zweite Spur erblickt Wach [7]) in Liv. XXV, 1, irre ich nicht, am Ende des Capitels, wo es zum Jahre 541 (nicht 531) d. St. heißt:

> M. Atilio praetori urbis negotium ab senatu datum est, ut eis religionibus populum liberaret. is et in contione senatus consultum recitavit et edixit, ut quicumque libros vaticinios precationes aut artem sacrificandi conscriptam haberet, eos libros omnes literasque ad se ante Kal. Apriles deferret, neu

6) Arg. Vat. fragm. 310 und dazu die überzeugende Ausführung Karlowas röm. Civilpr. zur Zeit der Legisactionen S. 350 f.

7) Zu v. Kellers Civilpr. 6. Aufl. N. 863.

quis in publico sacrove loco novo aut externo ritu sacrificaret.

Möglich wäre es ja allerdings, daß die Schlußworte: neu quis — sacrificaret verbunden mit dem edixit auf ein Popularinterdict hinwiesen; wahrscheinlich kommt mir das nicht vor. Liegt es nicht vielmehr weit näher, als Folge der Verletzung dieses, auf der ausdrücklichen Ermächtigung durch ein senatus consultum beruhenden, Verbotes ein Strafverfahren zu betrachten, etwa wie es in dem senatus consultum de Bacchanalibus [8]) v. J. 568 d. St. mit den Worten angedroht wird:

sei ques esent, quei avorsum ead fecisent, quam suprad scriptum est, eeis rem caputalem faciendam censuere —?

Schließlich sei noch eines Umstandes erwähnt, der bei der Altersbestimmung des Interdictenverfahrens etwa in Betracht kommen könnte. Schmidt [9]) folgert, wie wir gesehen haben, aus der auffallenden Reihenfolge: inter heredes (et) emptores et bonorum possessores interdicam in l. 1 §. 29 D. de aq. cott. 43, 20, daß die interdicta de aqua älter seien, als die bonorum possessio. Dürfen wir nun mit Leist [10]) die Entstehung der bonorum possessio ungefähr um die Zeit der lex Furia testamentaria, also zwischen 550 (lex Cincia) und 585 d. St. (lex Voconia), setzen, so würden hiernach die interdicta de aqua spätestens um die Mitte des sechsten Jahrhunderts entstanden sein. Indessen darf nicht übersehen

8) V. 24 sq. Bruns fontes ed. V p. 152.

9) Interdiktenverf. S. 149. S. oben §. 1835 Ziffer 11 N. 88 Thl. 1 S. 74 f.

10) In diesem Commentar Serie der Bücher 37. u. 38. Thl. 1 Ziffer 61 S. 289.

werden, daß Schmidts Vermuthung, so geistreich sie gewiß ist, doch keineswegs als nothwendig erscheint. [11])

Darüber jedoch, ob das Interdictenverfahren schon vor der Mitte des sechsten Jahrhunderts d. St. bestanden habe, und seit wann etwa, lassen sich nur Vermuthungen hegen.

Während Huschke das von ihm angenommene Interdictenverfahren mit Multen ohne Bedenken schon in den Beginn der Republik setzen kann, [12]) läßt sich die Entstehung des Interdictenverfahrens mit sponsio selbstverständlich erst in eine Zeit verlegen, welche die sponsio kannte. Hier ist indessen nicht der Ort, die Frage zu untersuchen, wann in Rom die Sponsion als rechtliche Verpflichtungsform aufgekommen ist. Es mag genügen, mit Schmidt [13]) darauf hinzuweisen, daß nach der Anschauung des Livius [14]) die Sponsion bereits vor den 12 Tafeln als Mittel benutzt wurde, Meinungsverschiedenheiten zum gerichtlichen Austrage zu bringen. Wenn diese Anschauung richtig ist, so würde es m. E. recht gut denkbar sein, daß auch das Interdictenverfahren per sponsionem schon vor den 12 Tafeln entstanden sei, sofern nämlich diese an der verbindlichen Kraft der von einem höhern Magistrate innerhalb seiner Zuständigkeit erlassenen unmittelbaren Befehle grundsätzlich wohl kaum etwas geändert haben. [15])

11) S. oben §. 1835 Ziffer 11 Thl. 1 N. 88 a. E. S. 75.
12) Multa S. 122 f.
13) A. a. O. S. 316 zu N. 40.
14) III, 24: ni ita esset, multi privatim ferebant Volscio iudices v. J. 295 d. St.
15) Vielleicht ist es umgekehrt die Erwägung gewesen, daß die 12 Tafeln ein bereits vor ihnen vorgefundenes Interdictenverfahren nicht gut hätten unberührt lassen können, dasselbe aber, wenn sie es berührt haben sollten, seine rechtliche Grundlage verändert haben würde, — was

113. Wie es zur Zeit des Legisactionenprocesses wegen der eigentlichen Streitsache gehalten wurde, wenn der Impetrat im Sponsionsverfahren besiegt worden war, das ist uns nicht bekundet. Die Vermuthungen darüber gehen weit aus einander.

Nach Huschke[16]) hätte ein Nachverfahren der Hauptsache wegen niemals stattgefunden; dafür wäre die summa sponsionis so hoch bemessen worden, daß sie nicht nur als abschreckende Strafe für den unterliegenden Impetraten, sondern zugleich als Schadenserfatz für den siegreichen Impetranten ausgereicht habe.

Nach Witte[17]) wäre in denjenigen Fällen, in denen das Gemeinwohl die Beseitigung eines interdictswidrigen Zustandes erheischte, dieselbe gegenüber dem besiegten Impetraten kraft der magistratischen Zwangsmittel unmittelbar herbeigeführt worden. In den übrigen Fällen aber, in denen mit dem bloßen Sponsionsverfahren die Sache nicht füglich beendigt sein konnte, sei ein iudicium secutorium auf Grund einer erzwungenen Stipulation erfolgt.

Nach v. Keller[18]) endlich wäre gegen den unter=

Bekker Aktionen II S. 56 bestimmt hat, „die erste Absonderung des Interdictes mittels ihrer Verknüpfung mit Sponsion und Restipulation" erst „bald nach der Zwölftafelzeit zu setzen." Doch beruht diese Annahme möglicherweise auf der, mir unbekannten, Ansicht Bekkers über die Entstehungszeit der Stipulation.

16) Studien des Röm. Rechts p. 5 sq. Vgl. Schmidt a. a. O. S. 317 f. Bekker Aktionen Bd. II S. 53 zu N. 4. Dagegen Witte interd. Uti poss. S. 14 f.

17) A. a. O. S. 10 ff. Vgl. dazu oben §. 1838e Ziffer 105 S. 277 f.

18) Civilpr. §. 74 a. E. Dagegen Witte a. a. O. S. 16 f. Uebereinstimmend mit v. Keller Kappeyne Abhandlungen S. 297.

liegenden Impetraten stets ein arbitrium (secutorium iudicium) ertheilt worden.

Wir werden um so besser thun, uns einer Untersuchung dieser Frage gänzlich zu enthalten, als ihre Beantwortung nach keiner Seite hin zur Aufklärung über den Interdictenproceß der classischen Zeit etwas beizutragen vermag. [19])

114. [20]) Nach der lex Aebutia war der Prätor in der Lage, ohne Vermittelung eines persönlichen Befehles für ein schutzbedürftiges Verhältniß den erforderlichen Rechtsschutz durch Gewährung einer formula in factum concepta oder durch geeignete Umformung einer actio in ius concepta (Fiction, Umstellung der Subjecte) neu zu schaffen. Zweifellos hatte er nicht minder die Befugniß, die bereits bestehenden Interdicte durch actiones zu ersetzen. Gleichwohl hat er nicht nur dies nicht gethan, vielmehr obendrein noch neue Interdicte ertheilt. Meist geschah Letzteres allerdings nur für den Einzelfall, obschon auch hier nicht blos mittels der Umformung proponirter Interdictsfassungen, [21]) sondern nicht selten ohne Vorbild im Album, [22]) und zwar noch in verhältnißmäßig später Zeit: haben doch über die Zulassung von Interdicten der zweiten Art, wie Trebatius [23]) und Labeo, [24]) so noch Julianus [25]) und Gaius, [26])

19) S. auch Bruns Ztschr. für Rechtsgesch. Bd. III S. 396 (Kl. Schr. Bd. I S. 359). Bekker a. a. O. S. 53.

20) Vgl. Schmidt a. a. O. S. 318 ff.

21) S. oben §. 1833 Ziffer 4 zu N. 69 Thl. 1 S. 30.

22) S. das. zu N. 70 S. 31 f.

23) L. 9 §. 2 D. de damn. inf. 39, 2.

24) L. 15 D. ad exh. 10, 4. L. 1 §. 23. l. 2 §. 5 D. de a. et u. pl. 39, 3. l. 1 §. 27 D. de aq. cott. 43, 20.

25) L. 7 §. 2 D. de damn. inf. 39, 2.

26) L. 11 D. ut legat. 36, 3.

ja noch Ulpian[27]) und Marcian[28]) sich in Erörterungen eingelassen. Allein es fehlt sogar nicht an Beispielen, daß zur Zeit der Herrschaft des Formularprocesses ganz neue Interdicte im Album aufgestellt worden sind. Dahin gehört namentlich das s. g. fraudatorium interdictum, welches mit den Worten: si eo nomine, quo de agitur, actio ei ex edicto meo competere esseve oportet —[29]) auf die s. g. Pauliana actio,[30]) unbestreitbar jedenfalls auf eine im Edict verheißene actio Bezug nimmt. Nicht minder ist hierher zu setzen das interdictum de aqua ex castello ducenda: dieses kann, wie Leist[31]) scharfsinnig wahrgenommen hat, erst in der Zeit des Principates aufgestellt worden sein, da es eine Ermächtigung zur Wasserableitung voraussetzt, welche nur der Princeps zu ertheilen vermag.[32])

Selbstverständlich beruht diese fortdauernde Verwendung von Interdicten nicht auf der bloßen vis inertiae.

27) L. 1 §. 2 D. si ventr. nom. 25, 5. l. 5 §. 3 D. quib. exc. in poss. 42, 4. S. auch l. 1 §. 9 D. quod legat. 43, 3 und dazu oben §. 1838 Ziffer 86 N. 70 ff. S. 42 f.

28) L. 40 D. de solut. 46, 3.

29) L. 10 pr. D. quae in fraud. 42, 8.

30) Leist bonorum poss. I S. 357 N. 7. Lenel ed. perp. S. 398 N. 13.

31) A. a. O. S. 358 N. 8.

32) L. 1 §. 42 D. de aq. cott. 43, 20. vgl. übrigens Lex Urson. c. 100. — Es mag dahingestellt bleiben, ob nicht das interdictum de liberto exhibendo erst dann eingeführt worden ist, als die vindicatio patronatus sacramento infolge der lex Aebutia oder wahrscheinlicher einer der duae Juliae beseitigt war. Vgl. oben Ziffer 108 S. 308 zu N. 28. Vielleicht sind auch die interdicta de liberis exhibendis et ducendis erst aufgestellt worden als die vindicatio sacramento der väterlichen Gewalt verschwand. Vgl. oben §. 1835a Ziffer 14 Thl. 1 S. 102 N. 17.

Schwerlich aber läßt sie sich daraus erklären,[33]) daß „die plötzliche, gänzliche Beseitigung der Interdictenform, an welche die römische Rechtsübung seit Jahrhunderten sich gewöhnt hatte, wider den Geist der allmähligen Entfaltung, wie er in der guten Zeit sichtbar überall waltet, völlig verstoßen haben" würde. Denn in der That haben die Römer, bei aller Fürsorge für die Bewahrung eines stetigen Zusammenhangs in der Rechtsentwickelung der Beibehaltung der Form als solcher eine entscheidende Bedeutung nicht beigelegt. Dies zeigt eben die Geschichte der Legisactionen, und zwar keineswegs nur dann, wenn man mit der bisher verbreiteten Meinung annimmt, die lex Aebutia habe jenes, vielleicht seit noch mehr, jedenfalls seit nicht weniger Jahrhunderten als die Interdictsform gebrauchte, Verfahren für eine umfassende Classe von Rechtsstreitigkeiten mit Einem Schlage außer Anwendung gesetzt; vielmehr mit kaum geringerer Deutlichkeit auch dann, wenn man glaubt, daß das genannte Gesetz auf einem gewissen Gebiete die legis actio nicht aufgehoben, sondern ihr die formula zur Auswahl an die Seite gestellt habe.[33a]) Weshalb wäre es dem entsprechend nicht allgemein auch in das Belieben des Klägers gestellt worden, ob er mittels eines Interdictes vorgehen oder ohne weiteres eine formula erbitten wollte? Sollte sich gegenüber dieser Möglichkeit herausgestellt haben, daß das Interdictenverfahren als unersprießliche, wo nicht gar lästige, Form thatsächlich kaum noch gewählt worden sei, so hätte man dasselbe demnächst wahrscheinlich ähnlich behandelt, wie es die duae Juliae mit den übrig gebliebenen Anwendungsfällen der

33) Wie es versucht Schmidt a. a. O. S. 319.

33a) Wlassak römische Proceßgesetze Abth. 1 §§. 10 ff. S. 103 ff., und unabhängig von diesem Jörs römische Rechtswissenschaft zur Zeit der Republik Thl. 1 S. 174 ff., im einzelnen mit manchen Verschiedenheiten der Auffassung.

legis actio gemacht haben: wenn man es nicht gänzlich beseitigen mochte, so würde es auf eng begrenzte Ausnahmen beschränkt worden sein.

Nichts dergleichen ist geschehen! Es leuchtet also ein: mit der Interdictenform mußten sich erkleckliche sachliche Vortheile verbinden, derenwegen man die Form nicht fallen ließ, obgleich dieselbe nicht mehr nothwendig gewesen wäre.

Schwerlich aber werden wir als maßgebende Zweckmäßigkeitsrücksichten hierfür das gelten lassen dürfen, was Leist[34]) für die gebietenden Interdicte als solche hinstellt. „Einestheils," sagt er, „konnte ja die Nachlässigkeit des Beklagten es dahin bringen, daß es doch zum Sponsionenproceß kam, und da der arbiter immer nach Sprechung des decretum erbeten wurde, so konnte diese also um jener Möglichkeit willen nie unterbleiben. Und das Sponsionenverfahren hier ganz abzuschaffen, konnte der Prätor nie Lust haben, weil, wenn es sich auch nur um ein exhibere und restituere handelte, doch der mittelbare Zusammenhang mit den Fragen feststeht, welche direct von der Prätorischen Jurisdiction abhängen. Ein Zusammenhang, den zu zerschneiden der Prätor nie wollen konnte, um diese Interdicte nicht ganz vom Gebiete der extraordinaria cognitio zu entfernen, wonach es ihm allein möglich war, bisweilen den vorliegenden Fall ganz extra ordinem zu entscheiden, und überhaupt die Executionsregeln seiner extraordinariae cognitiones auch bei allen Interdicten aufrecht zu erhalten, so daß sie später sogar auf die actiones übertragen werden konnten." Der erstere der vermeintlichen beiden Gründe ist mir gänzlich unverständlich: denn wenn das eigentliche Interdict weggefallen wäre, so würde alsdann eine arbitraria formula ohne weiteres ertheilt worden sein, wie es umgekehrt nie mehr zum Sponsionsverfahren hätte kommen

34) A. a. O. S. 352 f.

können. Es bleibt also immer gerade die entscheidende Frage: weshalb ertheilte der Prätor die formula arbitraria nur post interdictum redditum, und nur auf sofortige Bitte des Impetraten? Der zweite, wohl auch für die prohibitorischen Interdicte berechnete, Grund aber, die Zweckmäßigkeit der Beibehaltung des Sponsionsverfahrens betreffend, wurzelt in der irrigen Ansicht Leists über die Entstehung der Interdicte aus der s. g. extraordinaria cognitio, [35]) zu welcher sich die ebenso haltlose Meinung gesellt, der Prätor habe in allen Interdictensachen den Proceß extra ordinem an sich nehmen und dann direct das Befohlene erzwingen können. [36]) Indessen gesetzt selbst, jene Ansicht und diese Meinung seien richtig: warum hätte nicht der Prätor ungeachtet der Beseitigung des Interdictenverfahrens in den ehemaligen Interdictensachen kraft seines Ermessens nach wie vor die s. g. extraordinaria cognitio und die Naturalexecution anwenden können?

Weit zutreffender erscheint gerade von unsrer Ansicht über die Entstehung der Interdicte die Erwägung, daß das Interdictenverfahren beibehalten blieb, weil der Impetrat im Sponsionsverfahren ein ihm oft erwünschtes Mittel besaß, leichtfertige oder gar böswillige Angriffe nachdrücklichst zu ahnden. [36a]) Indessen dürfen wir dabei nicht außer Acht lassen, daß in den Augen des Impetraten der Vortheil, welchen jenes doppelschneidige Verfahren ihm in Aussicht stellte, durch die damit auch für ihn verbundene Gefahr gewiß in recht vielen Fällen aufgewogen wurde, und das um

35) S. oben Ziffer 108 S. 320 f. zu N. 62 f.

36) Leist a. a. O. S. 347 f. Vgl. oben §. 1838e Ziffer 105 N. 68 ff. S. 278 f. und unten §. 1840 Ziffer 126.

36a) Dies scheint die Meinung Puchtas Instit. §. 169 zu N. n vbd. mit dem nach N. h Gesagten. S. oben §. 1838d Ziffer 100 zu N. 26 S. 219.

so leichter, je ausgiebiger die Rechtsordnung auf andre Weise chicanösen Klagen zu wehren wußte. Mochte jenes Verfahren also in manchen Fällen dem Impetraten immerhin angenehm sein, so konnte es doch nicht füglich den bestimmenden Grund dafür abgeben, die Interdicte überhaupt beizubehalten.

Ein richtiger Gesichtspunct dagegen steckt in dem, was Schmidt[37]) bemerkt: „der an den Einzelnen gerichtete, mündliche Befehl des Magistrats hat zweifelsohne mehr äußerlich Eindringliches, als die generelle Vorschrift des Edicts, und die Sponsionen enthalten ebenfalls ein Abschreckungsmittel."

Zwar möchte der erste Grund für sich allein ohne den zweiten kein allzu schweres Gewicht besitzen. Sicherlich aber hatte die Erfahrung gezeigt, daß in einer sehr großen Anzahl von Fällen der Impetrat sich bestrebte, dem an ihn erlassenen Befehle des Magistrats selbst da unweigerlich alsbald nachzukommen, wo er vielleicht die verbindliche Kraft dieses Befehles nicht ohne Fug hätte bestreiten können.

37) A. a. O. S. 319. Wohl in ähnlichem Sinne hatte es gemeint v. Savigny Ztschr. für geschichtliche Rechtswissenschaft Bd. 6 S. 242 (verm. Schriften Bd. II S. 256 unter IV) mit den Worten: „So lange der ordo iudiciorum (in v. Savignys Sinne, d. h. die Theilung des Verfahrens in ius und iudicium) bestand, wurde durch das vom Prätor erlassene förmliche Interdict ein Versuch gemacht, die Sache auf dem kürzesten Wege abzuthun. Fügte sich aber der Beklagte dem Befehl nicht, so ging die Sache in den ordentlichen Proceßgang über." Aehnlich schon Recht des Besitzes §. 34 7. Aufl. S. 379 zu N. 2 unter Bezugnahme auf Hugo Götting. gelehrte Anzeigen 1804 S. 296. Schmidt a. a. O. S. 305 nennt dies, m. E. in gewissem Widerspruche zu seiner im Texte mitgetheilten Aeußerung, eine moderne Auffassung antiker Verhältnisse.

Denn gegenüber den unberechenbaren Umständen, welche die schließliche Entscheidung beeinflussen mochten, hätte er sonst immerhin doch besorgen müssen, in die höchst unbequeme summa sponsionis verurtheilt zu werden. So brachte wenigstens mittelbar das Sponsionsverfahren ex interdicto dem Impetranten eine mehr oder minder gewisse Aussicht auf rasche Befriedigung.

Trotzdem möchte diese Erfahrung ohne weiteres wohl kaum bewirkt haben, daß das Interdictenverfahren in den Formularproceß übernommen wurde. [37a])

Denn, was zunächst die gebietenden Interdicte anbetrifft, so konnte man sich füglich nicht verhehlen, daß die Verwirklichung jener erwünschten Aussicht bei diesen Interdicten recht häufig nur mit Hintansetzung der ruhig abwägenden Gerechtigkeit erkauft wurde. Wenn man jedoch, um diesen Uebelstand zu vermeiden, die durch die lex Aebutia gewährte Möglichkeit benutzte, statt des gefahrvollen Sponsionsverfahrens auf Verlangen des Impetraten eine gefahrlose formula arbitraria zur Schlichtung der Meinungsverschiedenheit zwischen den Parteien zu ertheilen: entkleidete man dann nicht in der That die Interdicte ihres eigenthümlichen Vorzugs? Und wie wäre es zu rechtfertigen, daß der Impetrat es in der Hand hatte, ohne irgend welchen Vortheil für den Gegner sich der Gefahr der Sponsion durch Erbittung eines Arbiter zu entziehen? Denn der Umstand, daß er damit im Falle seines Sieges den Gegner von der Gefahr der Restipulation befreiete, gewährte doch diesem im umgekehrten Falle keinen Ersatz für die ihm nunmehr entgehende summa sponsionis.

37a) Wie es annehmen v. Bethmann-Hollweg röm. Civilproceß Bd. 2 §. 98 S. 346 f. Kuntze Cursus §. 216 zu N. 10.

Ein ganz anderes Aussehen aber gewinnt die Sache, sobald wir ausgehen von derjenigen Auffassung des ordo iudiciorum privatorum, welche O. E. Hartmann entwickelt hat.

Regelmäßig hatte der Kläger mit der gerichtlichen Austragung einer Streitsache bis zum nächsten rerum actus zu warten; und er durfte nicht einmal mit Sicherheit darauf rechnen, schon in diesem durch das Loos an die Reihe zu gelangen. Gegenüber einer solchen Verzögerung mußte es als ein sehr wesentlicher Vortheil erscheinen, auf irgend eine Weise sofort zur Erledigung seines Anspruchs zu kommen. War dies nun bei den Interdicten im Legisactionenverfahren durch die Furcht vor dem Verluste der Sponsion etwas gewaltsam bewirkt worden, so bot das Formularverfahren einen Weg, auf dem sich die billige Rücksicht für den Impetraten mit dem Interesse des Impetranten an möglichster Beschleunigung vortrefflich vereinigte: in allen Fällen, in denen das Interdict zu einer positiven Leistung aufforderte, entzog sich der Impetrat der Sponsion ohne die Gefahr übereilter Erbringung jener Leistung, wenn er die ihm gewährte Möglichkeit ergriff, die sofortige Bestellung eines arbiter zu erbitten; dem Impetranten aber blieb kraft der arbitraria formula das Warten bis zum rerum actus erspart, und dafür konnte er es im Falle seines Sieges recht füglich verschmerzen, daß ihm die summa sponsionis entging. Freilich war daneben der langsame Weg per sponsionem noch immer möglich; er wurde aber sicherlich vom Impetraten nur in den verhältnißmäßig seltenen Fällen wirklich eingeschlagen, in denen dieser mit voller Sicherheit auf eine ihm günstige Entscheidung hoffte. Schlug seine Hoffnung fehl, so hatte er alsdann mittels der summa sponsionis den Gegner für den verursachten Aufschub der Befriedigung gehörig zu entschädigen.

Hiernach heißt es also ganz treffend von einem der

restitutorischen Interdicte, dem Quorum bonorum: beneficio celeritatis inventum est, [38]) — ein Ausspruch, welcher nach unsern Ausführungen gleichmäßig auf alle gebietenden Interdicte paßt. [39])

Indessen ließ sich nur dann mit Erfolg erwarten, daß der Impetrat regelmäßig den raschen Weg der arbitraria formula wählen werde, wenn in der Höhe der sonst eintretenden sponsio eine kräftige Warnung vor dem andern Wege lag. Kam also auch das Sponsionsverfahren wenig zur Anwendung, so war gleichwohl das Fortbestehen seiner Möglichkeit unentbehrlich, insofern eben nur diese zu der geschilderten Beschleunigung trieb. Es ist deshalb sicherlich nicht richtig, daß bei interdicta exhibitoria und restitutoria „zunächst die Sponsionssumme nach milderm Maß-

38) L. 22 Cod. Theod. quor. app. 11, 36 (Valentinianus, Valens et Gratianus a° 374). Solange man die Bedeutung des rerum actus nicht würdigte, konnte dieser Ausspruch das richtige Verständniß nicht finden. Wollte man ihn nicht auf ein summarisches Verfahren deuten, so mußte man ihn entweder für gänzlich unbegründet erklären oder auf die Einführung der bonorum possessio überhaupt beziehen. So Schmidt a. a. O. S. 301. — v. Bethmann-Hollweg Civilpr. Bd. II S. 381 N. 171 erblickt die Beschleunigung allgemein schon darin, daß die Besorgniß vor dem Erlasse des Interdictes (?) sowie vor dessen Folgen den Beklagten häufig zu freiwilligem Gehorsam veranlaßt habe.

39) Soweit die actiones ex sponsione vor Recuperatoren gehörten, ließe sich eine Beschleunigung auch in dem Umstande finden, daß das Verfahren vor solchen ein beschleunigtes war. O. E. Hartmann Gerichtsverf. S. 257 ff. S. oben S. 235 zu N. 4. Vgl. v. Bethmann-Hollweg a. a. O. N. 172. Und dies würde, unter jener Voraussetzung, auch für prohibitorische Interdicte gelten.

stabe bestimmt worden," [40]) oder gar die Sponsionen ganz außer Gebrauch gekommen seien. [41])

Wesentlich anders steht es mit den prohibitorischen Interdicten. Ihre Beibehaltung läßt sich überhaupt nicht aus dem Bestreben nach einer Beschleunigung des gerichtlichen Verfahrens erklären; zur Erbittung eines arbiter war, wie wir gesehen haben, hier kein Platz. [42]) Allein welcherlei actio hätte man an ihre Stelle setzen können? Mit einer praeiudicialis formula wäre nichts gedient gewesen: man hätte der pronuntiatio secundum actorem erst wieder eine auf eine condemnatio abzielende actio folgen lassen müssen. Sofern jedoch die condemnatio sei es einer secundären, sei es einer primären actio einfach auf Schadensersatz gerichtet worden wäre, [43]) würde diese

40) So Schmidt a. a. O. S. 319. Die Bemerkung: „hätte noch immer das Hauptgewicht auf den Sponsionen gelegen, die Compilatoren würden schwerlich imstande gewesen sein, jede Spur von ihnen zu vertilgen" — verliert ihre, ohnehin geringe, Beweiskraft völlig, wenn es uns in der That gelungen ist, mehrfache Spuren der Sponsionen in der Compilation zu erkennen, nämlich in l. 2 §. 4 D. ne quid in loco publ. 43, 8; l. 1 §. 3 D. de via publ. ref. 43, 11; l. 20 §. 16 D. de O. N. N. 39, 1; l. 1 §. 6 D. de migr. 43, 32; l. 1 §. 8 D. ne vis fiat ei 43, 4 und in l. 1 pr. i. f. D. uti poss. 43, 17. S. oben §. 1837b Ziffer 77 Thl. 1 S. 493 zu N. 9. Ziffer 81 S. 526 zu N. 60 f. Ziffer 77 S. 493 zu N. 10. S. 494 zu N. 10d. §. 1837 Ziffer 67 Thl. 1 S. 391 ff. zu N. 40 ff. §. 1837b Ziffer 77 Thl. 1 S. 495 zu N. 12. §. 1837 Ziffer 67 Thl. 1 S. 395 ff. zu N. 45 ff. §. 1837b Ziffer 77 Thl. 1 S. 496 zu N. 13. S. 496 ff. zu N. 14 ff.

41) So Witte interd. Uti poss. S. 21. Eck doppelseitige Klagen S. 46 zu N. 165. Vgl. dagegen oben §. 1838b Ziffer 93 S. 140 N. 38c.

42) S. oben §. 1838d Ziffer 100.

43) Es soll an dieser Stelle ganz davon abgesehen werden

actio nur zufällig Erfolg gehabt haben, da, wie wir bereits wissen, [44]) ein Ersatzanspruch ex causa eines prohibitorischen Interdictes nur zufällig erwächst. Einer actio poenalis endlich auf eine feste Buße stand das sehr gewichtige Bedenken entgegen, daß man doch nicht ohne unerhörte Härte überall da schon eine Buße verhängen kann, wo der Erlaß eines prohibitorischen Interdictes geeignet erscheint; daß man anderseits jedoch den Zweck eines solchen Interdicts meist verfehlen würde, wollte man jene Buße erst dann eintreten lassen, wann bereits das geschehen ist, was das Interdict verbieten sollte.

So hatte man also auch nach der lex Aebutia guten Grund, bei prohibitorischen Interdicten das reine Sponsionsverfahren beizubehalten. Aber man konnte dies um so unbedenklicher thun, als bei diesen Interdicten die Furcht vor der poena sponsionis dem Impetraten kaum eine unbillige Nöthigung auferlegt, ihn jedenfalls nicht nöthigt, auf längere Zeit, geschweige für immer etwas durchaus Erlaubtes zu unterlassen. Denn bei der Befolgung derartiger Interdicte handelt es sich ja gar nicht um einen Entschluß, der sofort endgültig gefaßt werden müßte. Begeht der Impetrat nur einstweilen nichts Interdictswidriges, so kann er sich in aller Muße überlegen, ob das ergangene Verbot ihn wirklich binde und in welchem Umfange.

Daß übrigens nach der lex Aebutia das Sponsionsverfahren aus Interdicten mit einem Nachverfahren versehen wurde, sofern es an einem solchen bisher gefehlt haben sollte, oder daß im entgegengesetzten Falle an die Stelle jenes ältern Nachverfahrens nunmehr die uns bekannte Form des iudicium secutorium trat, braucht im gegenwärtigen Zusammenhange nur erwähnt zu werden.

daß der Begriff des Interesse zur Zeit der lex Aebutia noch nicht ausgebildet war.

44) S. oben §. 1838d Ziffer 100.

115.[44a]) Erscheint hiernach die Beibehaltung des Interdictenverfahrens nach der lex Aebutia durchaus begreiflich, so möchte man sich umgekehrt vielmehr darüber wundern, daß die geschilderten Vorzüge jenes Verfahrens den Prätor nicht bewogen haben, dasselbe in einem weit größern Umfange eintreten zu lassen, als es in der That der Fall gewesen ist. Wie erklärt es sich, daß seine Neubildungen mit geringen Ausnahmen nicht die Form des Interdictes, sondern diejenige der actio tragen, daß er mitunter selbst für Verhältnisse, welche in anderen Beziehungen durch ein Interdict geschützt waren, statt eines Interdicts eine actio ertheilt hat, manchmal aber actio und Interdict zur Auswahl verstellte?

Es darf wohl als selbstverständlich gelten, daß die Schutzmittel der bereits vor der lex Aebutia civilrechtlich geschützten Verhältnisse auch dann noch actiones blieben, als sie nicht mehr in der Form der legis actio, sondern in derjenigen der Schriftformel in iudicium deducirt wurden.[44b]) Nicht minder selbstverständlich ist es also auch, daß die nämliche Natur denjenigen Schutzmitteln zukam, welche der Prätor nach dem Vorbilde dieser civilen actiones schuf. Unmittelbar leuchtet dies ein für solche prätorische Klagen, welche vermöge einer Fiction oder vermöge Umstellung der Subjecte in der Formel ausdrücklich auf das ius civile zurückgeführt werden, wie die Publiciana in rem

44a) Vgl. Schmidt Interdictenverfahren S. 304 ff. unter IV.

44b) Hierher gehört ohne Zweifel auch die actio ad exhibendum, welche eben dem ius civile angehört. Lenel ed. perp. S. 174 ff. unter 4. In den durch diese actio nicht gedeckten Fällen, in denen schon vor der lex Aebutia Rechtsschutz erforderlich geschienen hatte, waren deswegen Interdicte aufgestellt. Vgl. Demelius die Exhibitionspflicht §§. 45. 47—50. Schmidt a. a. O. S. 299 unter 1. S. auch unten S. 375 f.

actio, die Pauliana,[45]) die Singularklagen des bonorum possessor, des bonorum emptor, die s. g. actiones adiecticiae qualitatis u. s. w. Aber es gilt nicht weniger für solche prätorische Klagen, deren Anlehnung an civile eine blos sachliche, innerliche ist, wie z. B. für die actiones Serviana, Fabiana, Calvisiana.[46]) Es würde in der That zum Einklange der Rechtsordnung schlecht gestimmt haben, hätte der Prätor der vindicatio pignoris oder dem Rechtsbehelfe, mittels dessen der Patron die von seinem Freigelassenen zu seiner Verkürzung veräußerten Sachen wieder an sich zieht, die begünstigte Form des Interdictes geben wollen, während die vindicatio des quiritarischen Eigenthümers eine actio blieb.[46a])

Hiernach beschränkt sich unsre Frage auf solche prätorische Neubildungen, welche sich weder äußerlich noch sachlich an das ius civile anlehnen, vielmehr durchaus selbständige Schöpfungen des Edictes sind, — also namentlich auf prätorische Klagen aus Anlaß eines Delictes und aus den s. g. pacta praetoria.

Wollte der Prätor groben Ungehörigkeiten, welche nach ius civile straflos waren, einer verfeinerten Anschauung je-

45) Ueber letztere s. Lenel ed. perp. §. 225 S. 352 f.

46) Nach dem Scholion ad Basil. XLII, 1, de pet. hered. 16 §. 6 (Heimb. tom. IV p. 201): ἐμφακτοι (in factum) δὲ αὗται sind die beiden letztgenannten Klagen, wie die Serviana, in factum concipirt. Lenel a. a. O. S. XIV und im ganzen §§. 151 f. S. 280 f.

46a) Das Entsprechende gilt für die actio negotiorum gestorum und die actiones depositi und commodati in factum conceptae, sofern man annimmt, daß bei ihrer Aufstellung die durch dieselben geschützten Rechtsverhältnisse nach ius civile noch schutzlos waren: diese Verhältnisse konnten füglich nicht günstiger behandelt werden, als die verwandten des ius civile.

doch an sich strafwürdig erschienen, wirksam entgegentreten, so war dazu der Weg des prohibitorischen Interdictes durchaus ungeeignet. An jemanden, der eine Uebelthat der fraglichen Art noch nicht verübt hatte, ließ sich doch nicht füglich aus dem Grunde ein persönliches Verbot derselben richten, weil etwa der Gegner sich einer solchen von ihm versah; war dagegen eine derartige That bereits geschehen, so wäre es mehr als abgeschmackt gewesen, dem Uebelthäter für den allermeist sehr fern liegenden Fall einer Wiederholung eine Warnung zu ertheilen, statt ihn ohne weiteres einer Strafe zu unterwerfen. Sofern jedoch der Prätor es nicht etwa genügend fand, dergleichen Gebahren mit einfacher Ersatzleistung abkommen zu lassen, taugte auch ein gebietendes Interdict zu dessen Ahndung nicht: ein solches geht ja, — abgesehen von der poena sponsionis, welcher der Impetrat durch Erbittung eines arbiter auszuweichen vermag, — stets und nothwendig nur auf Ersatz. Deshalb hat das Edict derartige Handlungen mit Aufstellung von actiones geahndet, welche auf ein Mehrfaches des Sachwerthes oder des Schadens gerichtet sind, sei es stets und unvermeidlich, wie die actiones de calumniatoribus, de servo corrupto, sei es infolge des weitern Verhaltens des Beklagten, wie die actio quod metus causa, die actio adversus publicanos; oder es hat eine Klage auf eine einfürallemal bestimmte Buße deswegen ertheilt, wie z. B. gegen den Freigelassenen, der zuwider dem Edicte seinen Patron in ius vocirt, wegen sepulchri violatio für den nicht persönlich interessirten Kläger u. s. w.

Nun aber hat das Edict auch für eine Reihe neu von ihm geschaffener Delictsansprüche, die auf einfachen Ersatz gehen, nicht etwa restitutorische oder exhibitorische Interdicte aufgestellt, sondern actiones.[46b]) Daß der durchaus

46b) Z. B. die actiones de dolo malo, wegen widerrechtlicher

subsidiären Ahndung doloser Vermögensschädigung keine vortheilhaftere Proceßform gegeben wurde, als der mittels besonderer actiones erfolgenden, begreift sich freilich von selbst; für die übrigen Fälle dagegen ist die Erklärung offenbar anderswo zu suchen, als in der processualen Behandlung der einen oder der andern dieser beiden Arten von Rechtsbehelfen. Wir glauben sie in dem Umstande erkennen zu müssen, daß ein Interdict nur von einem magistratus cum imperio ertheilt werden kann. [47]) Die Nothwendigkeit, wegen derartiger Ansprüche, mochten dieselben im Einzelfalle noch so unbedeutend sein, einen höhern Magistrat anzugehen, wäre für den Berechtigten oft überaus lästig gewesen, während es auf der andern Seite mindestens bei einem gebietenden Interdicte zweifelhaft blieb, ob dessen Vorzüge jene Unbequemlichkeit aufwögen. Denn die Aussicht auf den Gewinn der summa sponsionis, welche obendrein nur um die Gefahr einer gleichen summa restipulationis zu erkaufen war, blieb hier dadurch bedingt, daß der Gegner einen Arbiter nicht erbat; die infolge der Erbittung des Arbiter eintretende Beschleunigung dagegen hatte durchaus nicht immer Ausschlag gebenden Werth. Es hing von den Umständen ab, ob diesen Erwägungen gegenüber ein Interdict sich als zweckmäßig empfahl.

Besonders lehrreich ist in der fraglichen Hinsicht der Gegensatz, welchen zwei Fälle der electiven Concurrenz zwischen Interdict und Delictsklage auf einfachen Ersatz einerseits mit den eben besprochenen Fällen derartiger actiones, anderseits mit einander bilden. Wir meinen die Con-

Verhinderung des in ius vocatus am Erscheinen in iure, wegen widerrechtlicher Verhinderung am vadimonium sistere, wegen alienatio iudicii mutandi causa facta, gegen den iudex, qui litem suam fecerat, gegen den treulosen Feldmesser u. s. w. Vgl. Gai. IV, 46.

47) S. oben §. 1833 Ziffer 2 Thl. 1 S. 17 f. zu N. 35.

currenz zwischen den Interdicten der legatorum und ventris nomine missi [48]) und der allgemeinen actio in factum eines missus wegen Behinderung an der Ausführung der missio, [49]) und die Concurrenz zwischen der actio Pauliana und dem interdictum fraudatorium.

Die Thatsache an sich, daß die erst erwähnte Concurrenz bei der missio rei servandae causa nicht stattfindet, [49a]) hat gewiß nichts Befremdendes. Denn die hier ausschließlich zulässige actio in factum, welche jeder Municipalmagistrat innerhalb des Betrages seiner Zuständigkeit zu ertheilen vermag, ist nicht nur eben aus diesem Grunde weit bequemer, als ein ausschließlich dem höhern Magistrate zuständiges Interdict, sondern entspricht auch völlig dem Schutzbedürfnisse. Da nämlich die missio rei servandae causa keinen weitern Zweck verfolgt, als denjenigen, die Befriedigung eines Klaganspruchs zu sichern, nicht jedoch einen dauernden Zustand als solchen schaffen will, so wird dem Immittirten mit Ersatz des durch die erlittene Behinderung ihm zugefügten Schadens durchaus genug gethan. Befremden könnte es umgekehrt, daß für jene beiden besonderen Missionsfälle, deren Zweck in der hier maßgebenden Richtung doch kaum wesentlich von dem Zwecke der missio rei servandae causa abweicht, neben der actio noch ein Interdict steht. [49b]) In der That wüßten wir diese ver-

48) Lenel ed. perp. §§. 230. 231.

49) Lenel das. §. 216. L. 1 pr. §. 2. l. 2 §. 2 D. ne vis fiat ei. 43, 4.

49a) Diese Thatsache ist erst durch Lenel ed. perp. §. 216 S. 341 und §§. 230. 231. S. 364. §. 246 S. 377 festgestellt worden, hat daher von Schmidt a. a. O. S. 307 f. unter 5 nicht berücksichtigt werden können; dieser nimmt vielmehr gemäß der Vermengung beider Rechtsbehelfe in tit. D. 43, 4 bei jeder missio Concurrenz zwischen Interdict und actio in factum an.

49b) Wesentlich verschieden ist das Verhältniß zwischen dem

schiedene Behandlung dogmatisch nicht zu rechtfertigen: sie dürfte auf rein geschichtlicher Veranlassung beruhen. Hätte zu der Zeit, als jene actio in factum aufgestellt wurde, bereits ein Interdict zum Schutze der missio rei servandae causa bestanden, so würde dasselbe sicherlich nicht beseitigt worden, vielmehr, wie die Interdicte für jene besonderen Missionsfälle, neben der allgemeinen actio dem immissus zur Auswahl verstellt geblieben sein. Nun ist es aber gewiß keine zu kühne Vermuthung, daß ursprünglich die missio in bona rei servandae causa ausschließlich kraft der unmittelbaren Zwangsmittel des imperium geschützt wurde, — war doch der Zwang potestatis iure auch später noch unentbehrlich, wenn sich der Impetrat der zum Schutze der missio aufgestellten actio in factum entzog. [49c]) Dies konnte jedoch nur solange angehen, als auch den Municipalmagistraten imperium zukam; infolge der Beschränkung ihrer Jurisdiction, welche ihnen zugleich mit der missio in bona selbst die Zwangsmittel des imperium zu deren Schutze nahm, ist unsre actio in factum nothwendig geworden. Für jene besonderen Missionsfälle dagegen be-

Interdicte des damni infecti nomine missus (Lenel ed. perp. §. 246) und der actio in factum dessen, der durch Widerstand des Gegners oder alia ex causa an der ihm kraft der missio gestatteten Besitzergreifung verhindert worden ist (l. 4 §§. 2 und 4 D. ne vis fiat ei 43, 4): während das Interdict die ertheilte missio sichert, geht die actio in factum auf den nämlichen Betrag, welchen der Cautionsberechtigte infolge geschehener Bestellung der cautio damni infecti erhalten haben würde; sie setzt mithin Eintritt des befürchteten Schadens voraus. Burckhard in diesem Commentar Serie der Bücher 39 und 40 Thl. 2. S. 584 ff. S. 596 ff. Diese Klage hat also ein ganz anderes Ziel als das Interdict. vgl. Burckhard a. a. O. S. 592 ff.

49c) S. oben §. 1838a Ziffer 90 S. 118 zu N. 53.

stand vermuthlich schon damals ein prohibitorisches Interdict; man ließ dasselbe, nunmehr in Auswahl mit der actio in factum, unbedenklich bestehen, da es im Einzelfalle immerhin Vorzüge bot, [50]) namentlich nicht selten den Impetraten zur Nachgiebigkeit bewog und somit die Angelegenheit rasch erledigte. Gerade auf eine rasche Erledigung aber legte man wenigstens bei der missio legatorum nomine großen Werth. [50a])

Ein genau entsprechendes Gegenstück findet dieses Verhältniß in demjenigen zwischen actio Serviana und Salvianum interdictum, sofern letzteres Interdict in der That ein petitorisches gewesen ist, [51]) also mit jener Klage electiv concurrirt hat. Und hier unterliegt es keinem Zweifel, daß das Interdict das ältere Rechtsmittel ist. [51a]) Man behielt es nach Aufstellung der Serviana aus dem angeführten Grunde allerdings bei, fand jedoch seine Ausdeh-

50) S. oben Ziffer 114 S. 352 f. und unten zu N. 80.

50a) S. unten Ziffer 116.

51) S. oben §. 1835a Ziffer 29 Thl. 1 S. 166 f.

51a) Die Benennung dieses Interdicts nach seinem ersten Proponenten und seine Stellung am Ende des Abschnittes im Edicte, welcher die Interdicte umfaßt, dürften dagegen keinen Beweis dafür ergeben, daß dasselbe erst nach Einführung des Formularprocesses entstanden ist. A. M. Huschke Studien S. 340 f. N. 6. v. Bethmann-Hollweg Bd. 2 S. 348 N. 13 a. E. Karlowa Rechtsgeschichte Bd. 1 S. 466. Pfersche Interdicte S. 23 zu N. 6. Die Stellung im Edicte ist m. E. hierfür gänzlich unerheblich: dieselbe erklärt sich völlig ungezwungen nach der systematischen Anordnung des Edicts. Vgl. Lenel ed. perp. S. 36. Die Benennung aber zeugt nur dafür, daß zur Zeit der Entstehung des Interdicts bereits ein edictum de iurisdictione ausgestellt zu werden pflegte.

mung auf weitere Fälle der Pfandgebung, auf die man die Serviana erstreckte, keinesweges erforderlich. [51b])

Die Spur eines zweiten Gegenstückes enthält möglicherweise

Paul. V, 6, 2: Ut interdictum, ita et actio proponitur, ne quis via publica aliquem prohibeat.

Als das hier erwähnte Interdict gilt allgemein das interdictum Ut via publica ire agere liceat. [52]) Dürfen wir nun mit Schmidt die actio als Schadensersatzklage auffassen, welche ohne voraufgegangenes Interdict wegen

51b) Nach Kappeyne Abhandlungen S. 323 f. wäre die Serviana ein arbitrium, welches der Prätor Servius ohne weiteres da ertheilt hat, wo ursprünglich ein secundarium restitutorium stattfand, weil der mit dem Salvianum Belangte sich auf dieses nicht einließ. Der Beweis dafür lautet: „In dem Umstande, daß diese actio lediglich den Besitz zum Gegenstande hat (l. 66 pr. D. de evict. 21, 2: Haec enim, etsi in rem actio est, nudam tamen possessionem avocat), blieb das Merkmal ihrer Herkunft aus einem possessorischen Interdict unauslöschlich ausgeprägt.“ Die folgenden Worte der l. 66 cit. (et soluta pecunia venditori dissolvitur: unde fit, ut emptori suo nomine non competat) zeigen jedoch deutlich, daß mit jenen erstangeführten nur gesagt sein soll, die Pfandklage beruhe nicht auf einem dauernden, für sich übertragbaren Rechte an der Sache; ihre petitorische Natur ist doch wohl unzweifelhaft. Vgl. l. 12 §. 1 D. quib. mod. pign. 20, 6 (pignoris iure rem persequi). l. 18 Cod. de pign. 8, 13 (Pignoris vel hypothecae persecutio in rem est).

52) L. 2 §. 45 D. ne quid in loco publ. 43, 8. Cujacius ad Paul. l. c. Schulting iurisprudentia vetus anteiustinianea N. 17. Schmidt a. a. O. S. 307 unter 4. Rudorff de iuris dictione edictum §. 235 S. 210. Huschke iurisprud. anteiust. ad h. l. N. 3. Lenel ed. perp. §. 238 S. 368.

widerrechtlicher Verhinderung an der Benutzung eines öffentlichen Weges stattfand; so haben wir hier abermals einen Fall der Auswahl zwischen prohibitorischem Interdicte und actio (in factum). Indessen ist die Sache doch einigermaßen zweifelhaft. Schmidt hält nämlich jene actio deshalb für vollkommen an ihrem Platze, weil das Interdict, als prohibitorisches, häufig ohne Nutzen sei. Ist dieser Grund jedoch der zutreffende, so muß er mit gleicher Stärke auch für manche andre prohibitorische Interdicte die Concurrenz einer actio erfordert haben, z. B. für das ganz ähnliche interdictum Ut in flumine publico navigare liceat; und es wird nicht ersichtlich, weshalb gerade unser Interdict jenes Vorzugs theilhaft geworden sein sollte, während doch die Thatsache, daß Paulus in seinem knapp gefaßten Handbuche bei ihm der actio erwähnt, darauf hinweiset, daß hinsichtlich dieser actio eine Besonderheit obwaltet. Eben deshalb mag ich auch nicht mit Rudorff und Lenel[53]) unter der actio das iudicium secutorium aus dem Interdicte verstehen. Selbst wenn die Aufstellung des iudicium secutorium bei den prohibitorischen Interdicten nicht die Regel gebildet haben, vielmehr ausnahmsweis bei unserm Interdicte vorgekommen sein sollte, so würde doch diese für die Praxis völlig unwesentliche Thatsache dem Paulus kaum Anlaß geboten haben, sie in seinen sententiae hervorzuheben, wie sie übrigens an sich ohne Erklärung bliebe. Daß wir freilich nicht mit Schulting[54]) an die actio iniuriarum denken dürfen, liegt auf der Hand.[55])

53) A. a. O. O.

54) A. a. O. N. 18 unter Berufung auf l. 13 §. 7 D. de iniur. 47, 10. Zustimmend Pernice Labeo Bd. 1 S. 273 N. 47.

55) Denn erstens brauchen sich die Voraussetzungen dieser Klage mit denen der sponsio ex interdicto keinesweges zu decken: der Dolus eines interdictswidrigen Handelns

Höchst wahrscheinlich hat der ohne Zweifel verderbte Text im ganzen Zusammenhange von einer eigenthümlichen actio vor den curatores viarum gehandelt, [56]) welche, im einzelnen für uns unbestimmbar, mit dem interdictum Ut via publica ire agere liceat concurrirte, und zwar möglicherweise sogar cumulativ. [57])

ist nicht nothwendig zugleich gegen eine Person gerichtet, z. B. wenn ein Fuhrmann ungeachtet des Interdicts einen öffentlichen Weg als Niederlage seiner Fuhrwerke mißbraucht; ja, interdictswidriges Handeln ist auch in bloßer Culpa denkbar, z. B. durch nachlässiges Stehenlassen von Wagen, Karren u. s. w. In beiden Fällen kann von einer Injurienklage überhaupt nicht die Rede sein. Sodann aber ist die actio iniuriarum auch da, wo sie neben dem agere ex interdicto zulässig erscheint, doch nicht ausdrücklich für die bei letzterm fragliche Rechtswidrigkeit proponirt. Huschke a. a. O. N. 4.

56) Vgl. Mommsen röm. Staatsrecht II, 2. 2. Aufl. S. 1031 zu N. 1. Pernice in Zeitschrift der Savigny-Stiftung Bd. 5 roman. Abth. S. 32 N. 6. O. E. Hartmann röm. Gerichtsverfassung S. 508 und 510 f. S. auch oben §. 1839 Ziffer 110 S. 325 N. 67.

57) Auf den oben mitgetheilten Satz folgen die Worte: cuius rei sollicitudo ad viarum curatores pertinet, a quarum (Krueger — Ab viarum Huschke) munitione nemo exceptus est . si quis tamen in ea aliquid operis fecerit, quo commeantes impediantur, demolito opere condemnatur. Huschke sucht dadurch zu helfen, daß er die Worte „ita et actio“ hinter „prohibeat“ schiebt und danach einfügt: „si viam publicam ante aedificium suum non muniverit ut oporteat. Es dürfte jedoch schwer sein, zwischen der danach sich ergebenden actio und dem genannten Interdicte eine Beziehung zu finden, welche ihre Gegenüberstellung mit „Ut — ita“ rechtfertigte. — Pernice Labeo Bd. 1 S. 273 zu N. 47 giebt als Inhalt unsrer Stelle an: „Der Wegebauer schützt also den einzelnen auf der von ihm dem Verkehre übergebenen

Dem von uns angenommenen Verhältnisse zwischen den interdicta Ne vis fiat ei, qui missus est, und der jede missio sichernden actio in factum geradezu entgegengesetzt ist das geschichtliche Verhältniß zwischen der actio Pauliana und dem interdictum fraudatorium. Wie bereits oben [58]) bemerkt, zeigt die Fassung des letztern, daß dasselbe jünger ist, als die, in jener Fassung bezeichnete, actio Pauliana. Der Zweck seiner Aufstellung scheint uns unverkennbar: man wollte neben der an den rerum actus gebundenen Pauliana einen Weg eröffnen, fraudulose Veräußerungen körperlicher Sachen ohne Verzug rückgängig zu machen. Wie dringend wünschenswerth aber gerade in diesem Falle die Beschleunigung des Verfahrens sein kann, das bedarf keiner Erörterung.

Die Unbequemlichkeit, welche die Beschränkung der Zuständigkeit für Interdicte auf magistratus maiores mit sich brachte, mußte aber mit doppelter Schwere da ins Gewicht fallen, wo der auf einem Delicte beruhende Anspruch gegenüber einem Andern, als dem Thäter, verfolgt wurde, oder zwar gegenüber dem Thäter, jedoch nicht mehr als Anspruch aus dem Delicte als solchem. Denn hier war

Straße durch ein besonderes Interdict, das neben der Actio steht," indem er es für das Beste hält zu lesen: ut actio ita et interdictum, und unter der actio die iniuriarum actio verstehen möchte. Ueber letztern Punct s. oben N. 55. Gegen das von Pernice angenommene Interdict, welches der „Wegebauer" (ich verstehe: der viarum curator) erläßt, spricht m. E. nicht blos der Umstand, daß dieser schwerlich imperium hatte (vgl. Mommsen Staatsrecht II, 2 2. Aufl. S. 1003 ff.), sondern namentlich derjenige, daß er die ihm etwa zuständige Jurisdiction extra ordinem, d. h. unabhängig vom rerum actus, übte.

58) Ziffer 114 zu N. 29 f. S. 345.

eine billige Rücksicht auch auf den Beklagten geboten. Deshalb tritt für derartige Ansprüche an die Stelle des gegen den Thäter in dieser Eigenschaft gerichteten Interdictes regelmäßig eine actio in factum, das Interdict dagegen wird hier nur ausnahmsweis gebraucht, nämlich nur da, wo jene Rücksicht durch eine entgegenstehende aufgewogen wird, welche einen dem Interdictenverfahren eigenthümlichen Vortheil erheischt.

Auf dem angegebenen Grundsatze dürfte es beruhen, daß die Erben des Thäters nicht mit den interdicta Unde vi, fraudatorium, demolitorium haften, sondern mit einer actio in factum; [59]) nicht minder, daß nach Verjährung des Interdicts wegen der Bereicherung auch gegen den Thäter selbst statt des Interdictes eine actio in factum gegeben wurde. [60]) Und gemäß demselben Grundsatze stellt der Prätor gegen den aus einer fraudulosen Veräußerung ohne sein Vorwissen um die fraus bereicherten causa cognita nicht ein interdictum in Aussicht, sondern eine in factum actio. [61])

Wenn dagegen das interdictum Quod vi aut clam in id, quod ad eos pervenit, auch gegen die Erben des

59) 1: l. 1 §. 48. l. 2. l. 3 pr. §. 18 D. de vi 43, 16 (s. oben §. 1837 Ziffer 66 N. 26 Thl. 1 S. 386 f.). 2: l. 10 §. 25 D. quae in fraud. cred. 42, 8 (das. N. 27 S. 387). 3: l. 20 §. 8 D. de O. N. N. 39, 1 (das. N. 18 S. 383 f.).

60) 1: Vat. fragm. §. 312. l. 1 pr. i. f. D. de vi 43, 16 (s. oben §. 1837b Ziffer 80 zu Anf. Thl. 1 S. 519 f.); 2: l. 10 §. 24 D. quae in fraud. cred. 42, 8 (das. S. 519). Der Grundsatz als solcher in l. 4 D. h. t. (das. S. 519).

61) L. 10 pr. i. f. D. quae in fraud. cred. 42, 8. Schmidt a. a. O. S. 306 unter 1 hält die Klagform für unerheblich. Vgl. auch Leist die bonorum possessio Bd. 1 S. 354.

Thäters geht,[62]) so rechtfertigt sich diese Ausnahme, welche mit der Fassung des proponirten Interdictes ohne weiteres vereinbar ist,[63]) ohne Zweifel durch die Erwägung, daß zur Verhütung weitern Schadens ein opus vi aut clam in solo factum thunlichst rasch beseitigt werden muß, es dazu aber gewiß höchst dienlich ist, die Erben hierzu soweit beisteuern zu lassen, als ihnen infolge des opus ein Vermögensvortheil zugekommen ist. Infolge gleicher Erwägung haftet auch qui possidet nec fecit mit dem interdictum Quod vi aut clam wie mit dem demolitorium auf praestatio patientiae;[63a]) und ebenso hat die nämliche Erwägung Labeo dazu geleitet, das letztere auch gegen die Erben des Nuntiaten zu gewähren.[64])

Eine einigermaßen besondere Stellung dagegen nimmt in dieser Beziehung das interdictum de precario ein. Obwohl nicht einmal die Haftung des Precaristen selbst auf einem Delicte beruht, ließ, entgegen der Ansicht anderer Juristen, Ulpian das Interdict auch gegen den Erben des Precaristen zu.[65]) Hinsichtlich der Haftung des Erben aus eignem Besitze oder aus eignem dolo fecisse, quo minus haberet vel ad se perveniret, erklärt sich dies wahrscheinlich rein äußerlich so, daß Ulpian die im proponirten Interdicte bezeichnete Voraussetzung der Haftung „quod precario ab illo habes“ und folgeweis auch die weitere „aut dolo malo fecisti, ut desineres habere“ auch beim

62) L. 15 §. 3 D. quod vi 43, 24 (oben §. 1837 Ziffer 66 N. 17 Thl. 1 S. 383).

63) L. 5 §§. 8 sq. D. eod. (das.).

63a) S. oben §. 1837 Ziffer 58 Thl. 1 S. 339 f. S. 341 f. N. 31.

64) L. 20 §. 8 cit. D. de O. N. N. 39, 1 (oben §. 1837 Ziffer 66 N. 18 Thl. 1 S. 383 f.).

65) L. 8 §. 8 D. de prec. 43, 26 (oben §. 1837 Ziffer 66 N. 14 Thl. 1 S. 383).

Erben des Precaristen als vorhanden ansah; auf dessen Haftung aber aus dem Dolus des Erblassers, quatenus ad eum perveniret, welche durch die Fassung des Interdictes gewiß nicht begründet ist, erstreckte er dann das Interdict wohl nur deshalb, um für diesen Fall eine besondere Klage zu sparen.

In den Fällen der s. g. pacta praetoria, nämlich des constitutum pecuniae, des receptum argentarii und des receptum nautae, cauponis, stabularii [66]) wären gebietende Interdicte ohne Frage möglich gewesen, im letzten in der gewöhnlichen Fassung auf restituas, in den beiden ersteren etwa in derjenigen auf solvas und beim Constitutum auch satisfacias, — einer Fassung, die zwar sonst nicht vorkommt, aber bei dringendem Bedürfnisse schwerlich Bedenken gefunden haben würde. [66a]) Gleichwohl hat der Prätor es bekanntlich vorgezogen, in allen diesen Fällen nicht Interdicte aufzustellen, sondern actiones in factum conceptae. [67])

Im Falle des Constituts liegt eine ausreichende Erklärung hierfür in dem Umstande, daß der Constituent, welcher nicht pünctlich seine Zusage erfüllte, propter fidem fractam [68]) nicht mit der einfachen Ersatzpflicht abkommen sollte. Dies aber hätte er bei einem restitutorischen Inter-

66) Das receptum arbitrii bleibt selbstverständlich außer Betracht. S. oben Ziffer 109 N. 55 a. E. S. 318.

66a) S. oben Ziffer 109 S. 317 zu N. 55.

67) Von der durchaus abweichenden Meinung Kappeynes Abhandlungen S. 200—354 hinsichtlich der actio de constituta pecunia, die mir nicht blos in Beziehung auf das Endergebniß, sondern ebenso in mannigfachen Einzelheiten völlig festzugreifen scheint (vgl. z. B. oben S. 225 f. S. 361 N. 51b und unten S. 378 N. 93), darf ich hier wohl um so mehr absehen, als sie für die im Texte behandelte Frage gleichgültig ist.

68) L. 1 pr. l. 25 pr. D. de pec. const. 13, 5.

dicte vermöge der Bitte um einen arbiter unschwer erreichen können. Der Aufschub der Aburtheilung jedoch, welcher durch das deshalb eingeschlagene Verfahren einer actio in factum cum sponsione dimidiae partis geboten wurde, war für den Gegner um so weniger beschwerlich, als das ihm gleichermaßen neben dem Ersatze des Schadens den Gewinn einer sponsio in Aussicht stellende Interdictenverfahren ja genau denselben Aufschub mit sich gebracht haben würde.

Für die beiden anderen Fälle dagegen paßt eine derartige Erklärung nicht. Wir werden indessen kaum fehl gehen, wenn wir die Aufstellung einer actio in factum statt eines Interdictes hier ebenso wie in den oben besprochenen Fällen aus der Rücksicht auf die Zuständigkeit der Municipalmagistrate herleiten. Beruht die Beschränkung der Municipaljurisdiction auf der Gesetzgebung Cäsars oder wohl richtiger des Augustus,[69]) so erscheint unsre Ueberlieferung völlig im Einklange mit der Annahme, daß die actiones ex recepto jünger sind, als jene Beschränkung: ihre älteste Spur führt nicht über Labeo zurück.[70])

69) Wlassak römische Proceßgesetze §. 14 S. 191 ff.

70) a) beim receptum argentarii l. 27 D. de pec. const. 13, 5. vgl. Lenel Zeitschrift der Savigny-Stiftung roman. Abth. Bd. 2 S. 64 ff. b) beim receptum nautae etc. l. 1 §. 4. l. 3 §. 1 D. naut. 4, 9. — Die lex Julia, welche die Municipaljurisdiction beschränkt hat, setzt Wlassak a. a. O. S. 183 frühestens in das Jahr 737 d. St. Labeo aber ist nach Pernice Labeo Bd. 1 S. 12 f. zwischen den Jahren 15 und 20 n. Chr. = 769 und 774 d. St. gestorben. (Den dort angeführten Beweisgründen hierfür bleibt hinzuzufügen, daß Labeo noch das Sc. Silanianum v. J. 10 n. Chr. ausgelegt hat. l. 1 §. 17 D. ad Sc. Silan. 29, 5). — Das constitutum debiti proprii dagegen findet sich anscheinend als rechtlich wirksames Geschäft schon bei Cicero pro

Noch sei der actio funeraria erwähnt. Dieselbe ist bereits dem Trebatius [71]) bekannt; sie ist demnach schwerlich durch Rücksicht auf die Municipaljurisdiction zu erklären, falls deren Beschränkung nicht vor 737 d. St. erfolgt ist. [72]) Wohl aber erklärt sie sich aus ihrer Verwandtschaft zur actio negotiorum gestorum.

Und in ähnlicher Weise wird sich die Entstehung jeder actio in factum ohne Schwierigkeit begreifen lassen.

Umgekehrt ist es nicht minder begreiflich, wie ungeachtet der Beschränkung der Municipaljurisdiction der Prätor dazu kam, für gewisse Fälle neue Interdicte zu ertheilen.

Unverkennbar ist es das Bedürfniß der Beschleunigung, worauf das restitutorische Interdict der l. 7 §. 2 D. de damno inf. 39, 2 beruht.

Ulpian. lib. 53. ad ed.: Unde quaeritur, si ante, quam caveretur, aedes deciderunt, neque dominus rudera velit egerere eaque derelinquat, an sit aliqua adversus eum actio . et *Julianus* consultus, si prius, quam damni infecti stipulatio interponeretur, aedes vitiosae corruissent, quid facere deberet is, in cuius aedes rudera decidissent, ut damnum sarciretur, re-

Quint. 5, 18 v. J. 673 d. St. (ita constituit Scapulis se daturum); möglicherweise auch das constitutum debiti alieni ad Att. 16, 15 (Scis, nos pridem iam constituisse, Montani nomine HS XXV dissolvere; hoc Cicero petierat; — liberalissime promiseram). Vgl. Rein das Privatrecht und der Civilproceß der Römer S. 729 N. 2. Bruns Ztschr. für Rechtsgesch. Bd. 1 S. 34 N. 10 (kl. Schr. Bd. 1 S. 226).

71) L. 14 §. 11 D. de relig. 11, 7.

72) Nach Wlassak a. a. O. hätte Trebatius laut l. 18 §. 4 D. de dolo m. 4, 3 allerdings die lex Julia von diesem Jahre noch gekannt, aber als etwa 70jähriger.

spondit, si dominus aedium, quae ruerunt, vellet tollere, non aliter permittendum, quam ut omnia, id est et quae inutilia essent, auferret, nec solum de futuro, sed et de praeterito damno cavere eum debere: quod si dominus aedium, quae deciderunt, nihil facit, interdictum reddendum ei, in cuius aedes rudera decidissent, per quod vicinus compelletur, aut tollere aut totas aedes pro derelicto habere.

Da der Eigenthümer des eingestürzten Hauses durch das Liegenlassen der Trümmer auf dem Nachbargrundstücke einen Eingriff in die Freiheit des Eigenthums an demselben begeht, so haftet er deswegen mit der negatoria in rem actio.[73]) Aber der bei dieser Klage nothwendige[74]) Aufschub bis zum rerum actus war natürlich bei der geschilderten Sachlage äußerst unbequem. Deshalb zog man das restitutorische Interdict vor, dessen Erlaß in den allermeisten Fällen den Impetraten bewog, sich einen Arbiter zu erbitten, folglich thunlichst rasch die Angelegenheit zur Entscheidung brachte, wo nicht, dem Impetranten in der summa sponsionis eine besondre Genugthuung für die durch den Eigensinn des Gegners verschuldete Verschleppung gewährte.[75])

73) Arg. a contr. e l. 9 §. 2 D. eod. (Ulp. lib. 53. ad ed.): — sed nec ego (nämlich der Eigenthümer des Grundstücks, mit welchem die vom Nachbargrundstücke herübergefallene Scholle verwachsen ist) potero tecum (nämlich mit dem Eigenthümer des Nachbargrundstückes) agere, ius tibi non esse ita crustam habere, si iam cum terra mea coaluit, quia mea facta est.

74) Falls nicht etwa die Parteien sich über die Person eines iudex einigen, der ihnen auf ihren Antrag alsdann addicirt werden muß. O. E. Hartmann röm. Gerichtsverfassung §. 25 S. 264 ff.

75) Vgl. Burckhard in diesem Commentar Serie der Bücher 39. und 40. Thl. 1 S. 11 ff. Es ist begreiflich, daß bei

Auch neue prohibitorische Interdicte konnten unter Umständen überaus zweckmäßig erscheinen. Wie wir gesehen haben,[76]) ist ihre Form da vorzugsweis geeignet, wo es sich nicht sowohl um Bestrafung einer schweren Rechtsverletzung oder um Ersatz des durch einen geringern Verstoß verursachten Schadens handelt, als vielmehr darum, die Störung bestehender Zustände, die Behinderung an weiterer Ausübung eines thatsächlich geübten Rechtes fernzuhalten. Auf dieser Erwägung beruht wahrscheinlich das interdictum de aqua ex castello ducenda, welches, wie bereits bemerkt,[77]) erst im Principate entstanden sein kann.[78])

der Nichtbeachtung der Einrichtung des rerum actus die durch das Interdict gewährte Beschleunigung in der irrig angenommenen Natur desselben als einer „Executivmaßregel" erblickt wird. a. a. O. S. 14 f. N. 10.

Durch die Rücksicht auf die Beschleunigung würde es sich auch erklären, daß man zur Zeit des Formularverfahrens als Rechtsbehelfe gegen den Besitzer eines Nachlasses und einer einzelnen Sache, welcher weder die vorschriftsmäßige defensio übernahm, noch seinen Besitz dem Gegner übertrug, Interdicte (Quam hereditatem, Quem fundum, Quem usumfructum), nicht Actionen ertheilte, — sofern nämlich mit Pfersche Interdicte S. 23 zu N. 6 angenommen werden dürfte, daß diese Interdicte erst zur Zeit des Formularverfahrens entstanden sein könnten. Allein dieselben finden auch gegenüber dem in rem agere per sponsionem statt (l. un. Cod. uti poss. 8, 6); und letzteres mußte schon zur Zeit des reinen Legisactionenprocesses in allen Fällen eintreten, in denen der Besitzer eines Nachlasses die bonorum possessio, der Besitzer einer Einzelsache Schutz durch ein possessorisches Interdict erhalten hatte. S. meine Anzeige von Maschke, Der Freiheitsproceß im klassischen Alterthum in Göttingische gelehrte Anzeigen 1888 S. 379 ff.

76) Oben Ziffer 114 S. 352 f.

77) Ziffer 114 S. 344 zu N. 31 f.

78) Interdicta de fossis, de cloacis, de minimis agrorum

Doch hat dabei wohl auch das Vorbild der bereits bestehenden interdicta de aqua mitgewirkt. Ebenso hat vermuthlich neben dem Vorbilde des interdictum de rivis die geschilderte Erwägung die spätern Juristen bewogen, zum Schutze der Ausbesserung von Dampfröhren nicht wie Aristo sich mit einer utilis actio zu begnügen, sondern ein interdictum utile zu fordern. [79])

Endlich verstehen wir, wie prohibitorische Interdicte, welche zur Auswahl neben Ersatzklagen standen, eine wirksame Bedeutung zu behaupten vermochten.

Vermöge des periculum sponsionis setzt ein solches Interdict auf ein Verbot einen weit stärkern Nachdruck, als dies eine einfache actio auf Schadensersatz thut. Unter übrigens gleichen Verhältnissen läßt folglich das unter den Schutz eines prohibitorischen Interdictes gestellte Verbot weit sicherer Befolgung erwarten, als das unter dem Schutze einer einfachen Ersatzklage stehende. [80])

Wie sehr man es in der That als nahezu selbstverständlich betrachten durfte, daß da, wo keine Ungewißheit über rechtliche und thatsächliche Voraussetzungen des Ver-

itinerumque controversiis kennt schon Cicero pro Caec. 13, 26 (s. oben S. 336). Servius und Ofilius erörtern das interdictum de rivis (l. 1 §. 10. l. 3 §§. 1 und 10 D. de riv. 43, 21), Ofilius und Trebatius das interdictum de aqua ducenda (l. 1 §§. 17 sq. D. de aq. cott. 43, 20) und das interdictum de cloacis. Venuleius berichtet, daß die veteres dem interdictum de itinere reficiendo eine weitläufigere Fassung gegeben haben (l. 4 D. de it. actuq. priv. 43, 19).

79) L. 3 §. 6 D. de riv. 43, 21 (Ulp. lib. 70. ad ed.): Aristo de cuniculo restituendo, per quem vapor trahitur, in balneariis vaporibus putat utilem actionem competere: et erit dicendum, utile interdictum ex hac causa competere.

80) Vgl. oben Ziffer 114 S. 348 f.

botes obwaltete, einem prohibitorischen Interdicte unweigerlich Folge geleistet werde, das zeigt das Bestehen des interdictum de mortuo inferendo. Hätte jene Anschauung sich als irrig erwiesen, so würde dieses Interdict offenbar seinen Zweck verfehlt haben; an seiner Stelle wäre schlechthin die Ersatzklage wegen behinderter Beerdigung geboten gewesen. Wie dagegen die Verhältnisse, jener Anschauung entsprechend, wirklich lagen, wurde letztere Klage wohl nur da angewandt, wo man thatsächlich außerstande war, zwecks Erwirkung des Interdicts den Prätor rechtzeitig anzugehen, also vorzugsweis außerhalb Roms. [81])

Ja, der Vortheil eines prohibitorischen Interdictes als solchen gegenüber der concurrirenden Ersatzklage konnte so erheblich sein, daß der Impetrat, außer der wegen der beschränkten Zuständigkeit des Interdictes etwa ihn treffenden Unbequemlichkeit, bisweilen noch eine weitere Belästigung gern auf sich nahm. So ist es bei der Concurrenz des interdictum de itinere privato reficiendo [81a]) mit der

81) Vgl. oben §. 1838 Ziffer 82 S. 2. Zur Vergleichung darf in dieser Beziehung auch dienen die von einer andern Anwendun der oben (N. 49b S. 358 f.) besprochenen actio in factum handelnde l. 4 §. 3 D. ne vis fiat ei 43, 4 (Ulp. lib. 69. ad ed.): Sed et ex alia causa hoc iudicium proposuit, si eo tempore, quo in possessionem mitti desiderabat, praetoris adeundi potestas non fuerit, scilicet ut, si cum potestas praetoris adeundi non esset, damnum interim datum est, haberet iudicium, qui damnum passus est. Burckhard in diesem Commentar Serie der Bücher 39. und 40. Thl. 2 S. 603 ff.

81a) Pfersche Interdicte S. 72 N. 1 gesteht offen: „Die praktische Bedeutung dieses Interdicts ist mir bisher ebenso wenig klar geworden, wie seine historische Anknüpfung.“ Dernburg Pandekten Bd. 1 §. 257 2. Aufl. S. 621 N. 11 meint: „Das Interdict muß einer Zeit angehören, in der man mit der actio confessoria noch nicht

confessoria actio, sowie bei derjenigen des Remissionsinterdictes mit der petitorischen Klage aus dem ius prohibendi. Bei beiden Interdicten liegt dem Kläger ein umfassenderer Beweis ob, als bei der Concurrenzklage, nämlich beim interdictum de itinere reficiendo auch der Beweis fehlerfreier Ausübung der Wegegerechtsame im letzten Jahre, beim Remissionsinterdicte auch der Beweis ordnungsmäßiger Nuntiation. Dafür aber gewähren die Interdicte, falls die durch sie zunächst begründete Erwartung, ein Zuwiderhandeln werde unterbleiben, trügen sollte, zu dem Anspruch auf Ersatzleistung den Anspruch auf die summa sponsionis. Ist Kläger also des erforderlichen Mehrbeweises sicher, so wird er das Interdict der Klage vorziehen. [82])

die Vornahme der Wegebesserung erzwingen konnte, weil dieselbe nicht direct den Inhalt der Servitut bildete." Indessen erkennt er an, daß, solange die Vortheile des Interdictenprocesses bestanden, das Interdict neben der, auch auf Gestattung der Wegebesserung gerichteten, confessoria praktische Bedeutung gehabt hat.

82) Burckhard a. a. O. Thl. 1 S. 395 ff. Irrig dagegen erblickt Burckhard S. 395 N. 44 einen weitern Vortheil des interdictum de itinere reficiendo vor der concurrirenden confessoria darin, daß arg. l. 2 §. 18 D. ne quid in loco publ. 43, 8 beim Interdict dem Beklagten die cautio non prohiberi für die Zukunft auferlegt werde, woraus denn, ohne daß ein neues Interdict impetrirt zu werden brauche, die Klage bei jeder neuen Contravention zustehe Denn eine Caution, woraus bei jedem Zuwiderhandeln geklagt werden konnte, (cautio de non amplius turbando) kam umgekehrt gerade bei der confessoria vor (l. 7 D. si serv. 8, 5), während die in l. 2 §. 18 cit. erwähnte Caution lediglich auf das einzelne beabsichtigte opus sich bezog. S. oben §. 1838e Ziffer 104 S. 266 ff. Uebrigens bedurfte es einer Caution gar nicht, um bei einem neuen Zuwiderhandeln ohne abermalige Erwirkung des Interdictes vorgehen zu kön-

Um die praktische Bedeutung des interdictum de glande legenda neben der rei vindicatio und namentlich neben der actio ad exhibendum [83]) zu erklären, brauchen wir freilich den Vorzug des Interdictenverfahrens nicht zu betonen. Ganz abgesehen nämlich von der oben [84]) wahrscheinlich gemachten provisorischen Natur des Interdictes, der gemäß Einreden gegen das Leserecht des Impetranten unzulässig sind, gewährt das Interdict in eben diesem Leserechte dem Impetraten eine Befugniß, welche er so wenig mit der actio ad exhibendum, als mit der rei vindicatio geltend machen kann. [85]) Aehnlich verhält es sich mit dem, wahrscheinlich ebenfalls nur provisorischen, [86]) interdictum de arboribus caedendis: es gewährt vor der concurrirenden negatoria in rem actio den Vortheil, daß der Impetrant sich den Ueberhang aneignen darf, sofern der Gegner denselben nicht rechtzeitig beseitigt. [87])

Besonders bemerkenswerth tritt die praktische Bedeutung der Form des prohibitorischen Interdictes heraus in Concurrenz mit der actio ad exhibendum.

Ihrem Zwecke nach muß die actio ad exhibendum

nen: auf Grund des einmal erwirkten Interdictes konnte der Impetrat wegen jeder neuen Uebertretung desselben von neuem zur Sponsion genöthigt werden. S. oben §. 1838 Ziffer 88 a. E. S. 83.

83) L. 9 §. 1 D. ad exhib. 10, 4.

84) §. 1835a Ziffer 28 Thl. 1 S. 162 ff.

85) Schmidt a. a. O. S. 300 unter 2. Bekker in Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts Bd. 5 S. 164.

86) S. §. 1835a Ziffer 28 Thl. 1 S. 162 ff.

87) L. 1 pr. §. 7 D. de arb. caed. 43, 27 verbunden mit l. 2 eod. Windscheid Lehrbuch des Pandektenrechts Bd. 1 §. 169 N. 10. Bekker a. a. O. S. 168 ff. Werenberg in Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts Bd. 6 S. 67 ff.

unabhängig vom rerum actus gewesen sein: es wäre widersinnig, ihre Verhandlung hinauszuschieben.[88]) Nichtsdestoweniger genügte selbst diese, jederzeit anstellbare und obendrein durch summarische Feststellung des klägerischen Rechtes am Streitgegenstande beschleunigte[89]) Klage nicht stets dem Bedürfnisse nach thunlichst ungehindertem Wiederhabhaftwerden einer abhanden gekommenen Sache. Hier griff man daher im Einzelfalle wohl zu einem prohibitorischen Interdicte, welches dem Impetraten verbot, den Impetranten am Wegnehmen seiner Sache zu hindern: man erwartete also, daß die Besorgniß vor der poena sponsionis den Impetraten bestimmen werde, ohne Widerstand dem Verbote zu gehorchen. Hierfür ist uns folgendes Beispiel überliefert. Während für gewöhnlich die actio ad exhibendum weggeschwemmte Gegenstände genügend rasch dem Eigenthümer zurückzuverschaffte,[90]) hielt es nach dem Berichte

88) Vgl. im allgemeinen O. E. Hartmann röm. Gerichtsverfassung §. 25 S. 272 ff. Gerade dieses Vorzugs wegen war sie namentlich auch da wichtig, wo sie den Erfolg einer endgültigen Klage hat, nämlich gegen denjenigen, der dolos der facultas exhibendi sich entäußert hat. l. 9 pr. — §. 4. l. 12 §. 3. l. 14. l. 15 D. ad exhib. 10, 4. l. 11 §. 2 D. de R. Cr. 12, 1. l. 4. l. 13 §. 6 D. de R. V. 6, 1. l. 29 D. de furt. 47, 2. §. 2 J. quib. alien. 2, 8. l. 15 D. de cond. c. d. 12, 4. l. 1 §. 32 D. dep. 16, 3. l. 1 §. 2 D. de tign. iunct. 47, 3. l. 27 D. de pign. 20, 1. l. 7 §. 4 D. de dolo m. 4, 3. l. 1 i. f. D. de distr. pign. 20, 5. l. 1 Cod. dep. 4, 34. l. 4 Cod. de cum expil. hered. 9, 32. Demelius die Exhibitionspflicht S. 80 ff.

89) L. 3 §§. 9. 11. 13 D. ad exhib. 10, 4. Demelius §. 31 S. 158 ff.

90) L. 5 §. 4 D. eod. (Ulp. lib. 24. ad ed.): Sed et si ratis delata sit vi fluminis in agrum alterius, posse eum conveniri ad exhibendum Neratius scribit. unde

des Trebatius ein Prätor für zweckmäßig, anläßlich einer Tiberüberschwemmung, welche viele Sachen zahlreicher Leute auf fremde Grundstücke gespült hatte, das ungestörte Zurückholen jener Sachen deren Eigenthümern durch ein prohibitorisches Interdict zu sichern. [91])

L. 9 §. 1 D. de damno inf. 39, 2 (*Ulp.* lib. 53. ad ed.):

Trebatius refert, cum Tiberis abundasset et res multas multorum in aliena aedificia detulisset, interdictum a praetore datum Ne vis fieret dominis, quo minus sua tollerent auferrent, si modo damni infecti repromitterent.

Unter einen ähnlichen Gesichtspunct fällt das Interdict in l. 15 D. ad exhib. 10, 4:

(*Pompon.* lib. 18. ad Sab.) Thensaurus meus in tuo fundo est, nec eum pateris me effodere: cum eum

quaerit Neratius, utrum de futuro dumtaxat damno, an et de praeterito domino agri cavendum sit, et ait, etiam de praeterito caveri oportere. vgl. l. 9 §. 3 D. de damno inf. 39, 2 (Ulp. lib. 53. ad ed.): Neratius autem scribit, si ratis in agrum meum vi fluminis delata sit, non aliter tibi potestatem tollendi faciendam, quam si de praeterito quoque damno mihi cavisses. Offenbar beziehen sich beide Stellen wo nicht auf dieselbe Aeußerung des Neratius, so doch auf Aeußerungen des nämlichen Inhalts; es darf deshalb mit Sicherheit angenommen werden, daß als Rechtsmittel, welches die potestas tollendi erzwingen soll, auch in der letzten Stelle die actio ad exhibendum zu denken ist.

91) Es handelt sich also um ein utile interdictum für den Bedarfsfall ohne proponirtes Muster, wie in dem im folgenden Texte besprochenen Falle. S. oben §. 1833 Ziffer 4 N. 70 Thl. 1 S. 32. — Pfersche Interdicte S. 57 N. 2 möchte „an das normale Interdict der Besitztranslation wegen Ablehnung der Negatoria denken."

loco non moveris, furti quidem aut ad exhibendum eo nomine agere recte non posse me, *Labeo* ait, quia neque possideres eum neque dolo feceris, quo minus possideres, utpote cum fieri possit, ut nescias eum thensaurum in tuo fundo esse . non esse autem iniquum, iuranti mihi non calumniae causa id postulare vel interdictum vel iudicium ita dari, ut, si per me non stetit, quo minus damni infecti tibi operis nomine caveatur, ne vim facias mihi, quo minus eum thensaurum effodiam tollam exportem . quod si etiam furtivus iste thensaurus est, etiam furti agi potest.

In dem Falle dieser Stelle ist die actio ad exhibendum unstatthaft, weil dem Besitzer des Grundstückes, in welchem der Schatz verborgen ist, die facultas exhibendi fehlt, [92]) er derselben auch nicht widerrechtlich sich entäußert hat. Statt jener Klage soll ein iudicium, d. h. eine actio in factum [93]) ertheilt werden, — ohne Zweifel von der actio ad exhibendum sachlich nur hinsichtlich der Einen Voraussetzung verschieden, welche bei letzterer eben in der facultas exhibendi bestand, bei unsrer Klage in der Möglichkeit, das Ausgraben des Schatzes zu gestatten. So wird auch diese actio in factum nicht an den rerum actus gebunden gewesen sein. Nun aber kann ein an sich geringer Aufschub, wie er selbst bei der schleunigsten gerichtlichen Ver-

92) Dies selbst dann, wenn er weiß, wo der Schatz verborgen liegt. Demelius a. a. O. S. 182.

93) Schmidt a. a. O. S. 24 N. 2. Kappeyne a. a. O. S. 325 N. 2 hält, in Uebereinstimmung mit seiner Ansicht über die Serviana (oben N. 51b S. 361) diese actio wie die actio ad exhibendum wiederum nur für die arbitraria formula aus einem exhibitorischen Interdicte, welche der Prätor mit Beiseitelassung des Interdictes ohne weiteres ertheilte, wenn der Verklagte erklärte se exhibiturum.

handlung über ein Klagrecht unvermeidlich ist, für die Sicherheit des Schatzes verhängnißvoll werden, sobald einmal die Aufmerksamkeit auf denselben gelenkt worden ist. Deshalb verdient hier ein prohibitorisches Interdict den Vorzug: es ermächtigt den Impetranten, sich sofort an das Nachsuchen zu begeben.

Hiermit sind, soviel ich sehe, die überlieferten Fälle erschöpft, in denen interdictum und actio zur Auswahl standen.[94]). Sie haben uns einen dankenswerthen Einblick in die praktische Bedeutung des Interdictenverfahrens gewährt.

116.[95]) Wie zweckmäßig aber auch die Interdicte zur Beschleunigung der mittels ihrer gesuchten Erledigung rechtlicher Meinungsverschiedenheiten beitrugen, so verkannten doch die Römer keineswegs, daß diese erwünschte Wirkung im Einzelfalle am Starrsinne des Impetraten zu scheitern vermochte. Daraus hätte jedoch unter Umständen ein unersetzlicher Schade erwachsen können, und hierin dürfte der Grund zu finden sein, weshalb man wenigstens in gewissen Fällen es zuließ, daß der Prätor oder der Präses potestatis iure extra ordinem einschritt.[95a]) Solches Einschreiten ist uns bezeugt in Auswahl mit dem interdictum

94) Daß l. 11 §. 6 D. quod vi 43, 24 eine Concurrenz zwischen actio und interdictum restitutorium nicht ergiebt, darüber s. oben §. 1838 Ziffer 86 S. 48 f. Darüber endlich, daß die in l. 1 pr. i. f. D. de superf. 43, 18 causa cognita in Aussicht gestellte alia actio keine Concurrenzklage zu dem possessorischen interdictum de superficiebus ist, sondern eine actio in rem s. l. 1 cit. §§. 3 und 6. Degenkolb Platzrecht und Miethe §. 15 S. 92 ff.

95) Vgl. Schmidt a. a. O. S. 310—313 unter V.

95a) Vgl. Schmidt a. a. O. S. 311 unter 1. S. 313 unter 4.

de migrando und mit dem interdictum Ne vis fiat ei, qui legatorum vel fideicommissorum nomine missus est, und zwar auch in dessen Erstreckung auf die missio Antoniniana, sowie endlich mit dem interdictum utile, wodurch der Prätor die Räumung der Nachlaßgegenstände anbefahl, welche jemand dolo malo von einer ventris nomine immittirten Witwe erworben hatte.

L. 1 §§. 1 et 2 D. de migr. 43, 32:
(*Ulp.* lib. 73. ad ed.) Hoc interdictum proponitur inquilino, qui soluta pensione vult migrare: nam colono non competit. §. 2. Cui rei etiam extra ordinem subveniri potest: ergo infrequens est hoc interdictum.

L. 5 §. 27 D. ut in poss. legat. 36, 4:
(*Ulp.* lib. 52. ad ed.) Missus in possessionem si non admittatur, habet interdictum propositum: aut per viatorem aut per officialem praefecti aut per magistratus introducendus est in possessionem.

L. 3 pr. §. 1 D. ne vis fiat ei 43, 4:
(*Ulp.* lib. 68. ad ed.) Si quis missus fuerit in possessionem fideicommissi servandi causa et non admittatur, potestate eius inducendus est in possessionem, qui eum misit, aut si quis volet uti interdicto, consequens erit dicere interdictum locum habere . sed melius erit dicere extra ordinem ipsos iure potestatis exsequi oportere decretum suum, nonnunquam etiam per manum militarem. §. 1. Constitutum est ab *Antonino*, ut etiam in bona heredis quis admittatur certis modis . si quis igitur in his bonis non admittatur, dicendum est actionem hanc utilem competere: ceterum poterit uti et extraordinaria exsecutione.

L. 1 §. 2 D. si ventris nom. 25, 5:
(*Ulp.* lib. 34. ad ed.) Necessario praetor adiecit, ut qui per dolum venit in possessionem, cogatur dece-

dere: coget autem eum decedere non praetoria potestate vel manu ministrorum, sed melius et civilius faciet, si eum per interdictum ad ius ordinarium remiserit.

Wir erfahren aus diesen Stellen zugleich, daß die hiermit gewährte Auswahl bei den einzelnen Anwendungsfällen in verschiedenem Umfange benutzt wurde: das interdictum de migrando gerieth gegenüber der extraordinaria subventio thatsächlich außer Gebrauch; gegenüber dem Interdicte des Fideicommissars wird eben dieser Weg potestatis iure als der bessere empfohlen; für die missio legatorum nomine und die missio Antoniniana gelangten anscheinend Interdict [96]) und extraordinaria exsecutio gleichmäßig zur Anwendung; bei der missio ventris nomine endlich galt der Weg des Interdictes als der angemessenere.

Diese extraordinaria exsecutio beruht, wie erwähnt, auf dem ius potestatis, welches hier ohne Zweifel schon in der Republik zur Anwendung gebracht wurde. Jene Anwendung rechtfertigte sich durch ihren in die Augen springenden Zweck von selbst. Um sie zu erklären, ist es durchaus nicht erforderlich, sie als zufälliges Ueberbleibsel des ursprünglichen Rechtsganges aufzufassen. [97]) In der

96) Vgl. hinsichtlich der missio Antoniniana auch die auf das Interdict bezügliche l. 5 cit. §. 23 D. ut in poss. legat. 36, 4.

97) Wie Alf. Pernice in Festgaben für Georg Beseler S. 51 N. 3 es thut. Von den dafür angeführten Stellen aber redet l. 5 §. 23 D. ut in poss. legat. 36, 4 in den von Pernice hervorgehobenen Worten: curandum est, ne vis fiat — überhaupt nicht von außerordentlicher Hülfe, sondern von der Erstreckung des zum Schutze der missio legatorum nomine aufgestellten Interdicts auf die missio Antoniniana (s. vor. Note); l. 4 §. 2 D. de damn. inf. 39, 2 erklärt im Falle der Nichtzulas-

That spricht nicht nur kein Zeugniß für diese Auffassung, sondern es darf vielmehr wohl umgekehrt die in l. 5 §. 27 cit. D. 36, 4 beobachtete Reihenfolge: habet interdictum propositum aut per viatorem aut per officialem praefecti aut per magistratus introducendus est — als Zeugniß dafür gelten, daß das Interdict der ursprüngliche Weg ist. In der That würde es auch kaum begreiflich sein, daß sich die extraordinaria exsecutio nur in den angeführten ganz vereinzelten Anwendungsfällen behauptet haben sollte.

Anderseits aber hat gemäß ihrem Ursprunge aus der magistratischen potestas unsre extraordinaria exsecutio begriffsmäßig auch nichts gemein mit der extraordinaria cognitio, d. h. mit der ausschließlichen Cognition, welche erst das ius extraordinarium, d. h. das aus der kaiserlichen Gesetzgebung und dessen Weiterentwickelung erflossene Recht höheren Magistraten zum Schutze neuanerkannter Rechtsver-

sung des damni infecti nomine missus die pignoris capio seitens der Municipalmagistrate für unzulässig, indem sie auf eine actio in factum mit der Begründung verweiset, daß auch zum Schutze der vom Prätor selbst verfügten missio so verfahren werde, deutet jedoch nicht mit Einer Sylbe an, es liege hierin eine Neuerung; l. 1 §. 9 D. quod legat. 43, 3 erörtert die Frage, ob gegen den legatorum servandorum causa missus das Quod legatorum statthaft sei, indem sie zwei dagegen aufgeworfene Bedenken beiseite schiebt, nämlich, 1) daß jener missus nur Detentor, nicht juristischer Besitzer sei, und 2) daß er auf Ermächtigung des Prätors detinire; von einem weitern Bedenken, etwa daß hier eine außerordentliche Hülfe stattfinde, schweigt sie völlig; über l. 5 cit. §. 27 D. ut in poss. legat. 36, 4 endlich s. den Text. Vgl. O. E. Hartmann röm. Gerichtsverfassung S. 512 N. 53cc.

hältnisse beigelegt hat.[98]) So wenig augenscheinlich die statt des interdictum de migrando dem Miether gewährte extraordinaria subventio auf ius extraordinarium beruht,[98a]) so wenig dürfen wir die gleiche Hülfe für den fideicommissi nomine missus mit Schmidt[99]) auf das ius extraordinarium zurückführen, dem die rechtliche Anerkennung der Fideicommisse allerdings angehört, und haben um so weniger Grund, deren Verwendung für den legati nomine missus lediglich als eine Uebertragung von jenem Missionsfalle zu betrachten: beruht doch umgekehrt letzterer selbst erst auf einer Uebertragung der missio legatorum nomine auf die Fideicommisse.[99a]) Der Grund, weshalb Ulpian bei der missio fideicommissi servandae causa das unmittelbare Zwangsverfahren empfiehlt, liegt sicherlich, geradeso wie für den thatsächlichen Vorzug dieses Verfahrens vor dem interdictum de migrando, in dem Umstande, daß in beiden Fällen die Voraussetzungen der Rechtshülfe meist liquid sind, [illegible] doch durch ausreichende Caution des Miethers wegen [illegible] Verpflichtungen aus dem Miethverhältnisse sofort [illegible] macht werden können, die infolge davon aber ganz unbedenkliche extraordinaria exsecutio die weitaus raschere Hülfe gewährt. Demnach dürfte es ganz unerheblich sein, daß unsre Quellenüberlieferung den gleichen

98) Vgl. O. E. Hartmann a. a. O. §. 39 S. 470 ff. §. 41 S. 493 ff.

98a) A. M. Pernice Festgaben S. 62 zu N. 2 f., der jene subventio dem praefectus vigilum beilegt unter Berufung auf die inscriptio der l. 9 D. in quib. c. pign. 20, 2. S. dagegen O. E. Hartmann a. a. O. S. 511 N. 53a.

99) A. a. O. S. 312 f.

99a) Lenel ed. perp. S. 297 N. 1 und 8, sowie S. 422 N. 3 und S. 364 N. 4. — Pfersche Interdicte S. 34 f. möchte die introductio per officiales auf die missio fideicommissorum nomine beschränken.

Weg nicht auch für die missiones legatorum nomine und Antoniniana ausdrücklich empfiehlt: wo seine Voraussetzungen unbestritten vorlagen, da bedurfte es keiner weitern Empfehlung für ihn. Umgekehrt ist im Falle der missio ventris nomine der ordentliche Weg des Interdictes deshalb der bessere, weil hier regelmäßig noch thatsächliche Feststellungen erforderlich sein werden, welche unter Umständen recht verwickelt sein können. [100])

Im geraden Gegensatze zu dieser unsrer Auffassung findet Dernburg [1]) den Grund für den Verzug der extraordinaria subventio vor dem interdictum de migrando darin, daß letzteres wegen der unvermeidlichen Gefahr der sponsio und restipulatio da unbillig gewesen sei, wo ernstlicher Zweifel über die Tilgung der Miethschuld habe entstehen können, weil etwa ein Mißverständniß über die Höhe der Miethsumme oder Streit über Dasein oder Höhe von Schadensansprüchen obwaltete. M. a. W. Dernburg hält die extraordinaria subventio für das angemessene Verfahren zwischen zwei redlichen, lediglich in thatsächlicher Irrung befangenen Parteien, wie er selbst beifügt: „nur wo die Retention offenbar von Seiten des Vermiethers chicanös war, wurde wohl noch das strengere Interdictenverfahren angeordnet.“ Aber, ganz abgesehen davon, daß dies doch nicht minder in dem umgekehrten Falle angemessen gewesen wäre, wo der Miether in offenbarem Unrechte sich befand, — ist wirklich bei Miethsstreitigkeiten die unverhüllte Chicane des Vermiethers etwas so Seltenes? wenn jedoch nicht, wie darf Ulpian sagen: ergo infrequens est hoc interdictum? Und wie stimmt es zu Dernburgs Auffassung, welche doch gleichmäßig auch für die extraordinariae exsecutiones der missiones legatorum und fideicommissarum servandorum causa gelten müßte, daß bei

100) O. E. Hartmann a. a. O. S. 511 ff.
1) Das Pfandrecht Bd. 2 S. 336.

diesen die Einführung des missus in den Besitz der Nachlaßstücke per viatorem, per officialem praesidis, per magistratus, nonnunquam etiam per manum militarem so nachdrücklich erwähnt wird? Man sollte denken, nach Behebung einer etwa vorhandenen Ungewißheit über die Voraussetzungen der missio werde es derartiger Hülfe gegenüber einem rechtschaffnen Manne nicht erst bedürfen. Auch würde der Prätor, welcher Dernburgs Auffassung zufolge nur bei illiquider Sachlage potestatis iure intervenirt wäre, damit auf die Geschicklichkeit einer böswilligen Partei, den Thatbestand zu verdunkeln, eine gewiß nicht unbedenkliche Prämie gesetzt haben. Vergegenwärtigen wir uns vollends, daß unsre Quellen, sofern sie überhaupt auf das Verfahren jener extraordinaria subventio eingehen, stets nur von der Ausführung des prätorischen Befehles reden (per viatorem, per officialem praesidis, per magistratus introducendus est in possessionem, potestate eius inducendus est, qui eum misit, iure potestatis exsequi oportere decretum suum, nonnunquam etiam per manum militarem, uti extraordinaria exsecutione, cogere praetoria potestate vel manu ministrorum), niemals dagegen von einer prätorischen Cognition über einen verwickelten Thatbestand, so müssen wir jeden Gedanken daran abweisen, daß der Gegensatz zwischen dem per interdictum ad ius ordinarium remittere und jener subventio extraordinaria in erster Linie in der Verschiedenheit der bei beiden eintretenden richterlichen Sachprüfung gelegen habe; der wesentliche Gegensatz lag in der gewöhnlichen Sachprüfung, der gewöhnlichen Verurtheilung auf Geld und der gewöhnlichen Zwangsvollstreckung gemäß solcher Verurtheilung einerseits und in der auf Grund eines liquiden Thatbestandes sofort eintretenden Naturalexecution anderseits.

Diese aber bildete die schleunigste Erledigung einer Streitsache, und darin wurzelt ihre innere Berechtigung.

§. 1839 a.

Die Natur der durch Interdictenschutz geschaffenen Rechtsverhältnisse.[1])

117. Sofern an irgend einen Thatbestand als Voraussetzung die Ertheilung eines Interdictes als rechtliche Folge sich knüpft, ist damit eben jener Thatbestand zu einem Rechtsverhältnisse, d. h. zu einem rechtlich bestimmten Verhältnisse,[2]) geworden. Und zwar ist es dazu keinesweges erforderlich, daß diese Folge sich bereits vollzogen habe: es genügt zur rechtlichen Bestimmtheit des fraglichen Thatbestandes vollkommen, daß dieselbe als rechtlich sichere in Aussicht steht.

Ebenso unleugbar ist es, daß derjenige, dem in eignem Namen ein Interdict wider einen bestimmten Gegner wirklich ertheilt worden ist, sofern die Voraussetzungen dieses Interdictes als vorhanden gelten, spätestens mit der Ertheilung desselben ein subjectives Recht, nämlich das Recht auf Befolgung des Interdictes oder, wo solche nicht stattfindet, auf interdictsmäßige Verurtheilung des Gegners, erworben hat. Daß bei den Popularinterdicten dieser Erwerb gar nicht früher eintreten kann, leuchtet unmittelbar ein: ein subjectives Recht des Impetranten ist daher erst kraft Erwirkung des Interdictes durch ihn denkbar.[3]) Allein nicht minder einleuchten dürfte es, daß zu classischer Zeit bei den interdicta privata das subjective Recht des Impetranten nicht erst kraft der wirklichen Ertheilung des Interdictes entsteht, dasselbe vielmehr bereits vorhanden ist mit

1) Vgl. Schmidt a. a. O. S. 7 f. unter III, S. 189—206, S. 314 f.
2) Windscheid Lehrb. §. 37a.
3) S. oben §. 1835 Ziffer 7 Thl. 1 S. 49.

der Vollendung desjenigen Thatbestandes, als dessen sichere Rechtsfolge die Rechtsordnung eben die Ertheilung des Interdictes in Aussicht stellt.[4]) Denn es ist klar, daß mit dem Augenblicke der Vollendung dieses Thatbestandes der Betheiligte vermöge der Rechtsordnung die Willensmacht erlangt hat, nöthigenfalls durch Erwirkung des Interdicts den Gegner zu dessen Befolgung zu veranlassen oder, wo diese ausbleibt, zur interdictsmäßigen Verurtheilung zu bringen.[5])

Die Interdicte erscheinen m. a. W. lediglich als eine besondere Form der Rechtsverfolgung; für das Dasein jedoch eines Rechtsverhältnisses, welches überhaupt angriffsweis geschützt werden kann, ist es ganz einerlei, ob das zuständige Schutzmittel die Form einer actio, einer in integrum restitutio oder eines interdictum trägt; nur darauf kommt es an, daß ein rechtlich sicherer Anspruch auf ein derartiges Schutzmittel vorhanden ist. Wie für die Actionen so gilt diese Behauptung auch für die Interdicte jedenfalls, seitdem die lex Cornelia v. J. 687 d. St. vorgeschrieben hatte: ut praetores ex edictis suis perpetuis

4) Es ist hierfür ganz gleichgültig, ob dies, sei es durch ein generelles Edict für sämmtliche proponirte Interdicte (s. oben §. 1838a Ziffer 89 S. 93 f.), sei es vollends durch ein besonderes Edict zu jedem einzelnen derselben, ausdrücklich gesagt worden war, oder ob es gegenüber der Aufstellung der einzelnen Interdicte als selbstverständlich galt. Denn es wäre doch geradezu abgeschmackt gewesen, wenn z. B. die Verheißung des interdictum de aqua aestiva im Edicte für die Rechtsnachfolger (Item inter heredes et emptores et bonorum possessores interdicam — l. 1 §. 37 D. de aq. cott. 43, 20) einen Anspruch gegeben hätte, die Aufstellung des Interdictes als solche dagegen (l. 1 §. 29 eod.) nicht.

5) Vgl. Windscheid a. a. O. §. 37.

ius dicerent.[6]) Wir haben bereits früher gesehen, wie nur von dieser Auffassung aus die Thatsache begreiflich wird, daß mit dem Unde vi der Dejicient,[7]) mit dem Quod vi aut clam is, qui opus fecit,[8]) mit dem interdictum fraudatorium wenigstens hinsichtlich der Gefahr der conscius fraudis[9]) schon vom Augenblicke der das Interdict veranlassenden Handlung in einer Weise haftet, welche mit der Haftung des in Verzug gesetzten Schuldners sich vergleichen läßt, — während umgekehrt die Thatsache, daß bei den übrigen Interdicten eine Haftung für das Interesse erst mit dem Erlasse des Interdicts eintritt, sich ganz einfach daraus erklärt, daß die Römer diejenige Billigkeit, auf welcher die gesammte Lehre vom Verzuge beruht, auf Interdicte nicht angewandt haben.[10]) Die entgegengesetzte Auffassung, wonach eine Rechtswirkung des Interdicts, und so namentlich eine Verpflichtung des Impetraten, erst mit dem Erlasse des Interdicts eintritt, würde obendrein die seltsame Erscheinung ergeben, daß z. B. der Dejicient noch nicht verpflichtet wäre, solange das Unde vi gegen ihn erwirkt werden kann, dagegen nach Ablauf des zur Erwirkung des Interdicts gesetzten annus utilis ohne weiteres mittels der nunmehr entstehenden actio in factum bis zu seiner Bereicherung haftete,[11]) wie auch mittels derselben Klage bei seinem Tode innerhalb jenes annus eine, bei ihm selbst noch gar nicht vorhanden gewesene, Verpflichtung

6) Ascon. in Cornel. Or. p. 58. Kiessling-Schoell p. 52 (Bruns fontes ed. 5. p. 394 zu n. 5). Dio Cass. 36, 23 (Bruns l. c. n. 5). Vgl. Bekker Aktionen Bd. 2 S. 70 ff.
7) S. oben §. 1838e Ziffer 103 S. 244.
8) S. das. S. 248 f. und S. 250.
9) S. das. S. 249.
10) S. das. S. 244 f.
11) S. oben §. 1837b Ziffer 80 Thl. 1 S. 520.

in id, quod ad eos pervenit, für seine Erben entstände! [11a]) — Sofern aber schon vor der lex Cornelia sich die, durch die gute Sitte gebotene, Regel gebildet hatte, daß die Prätoren ihre eignen Edicte befolgten, und in letzteren auch die üblichen Interdicte proponirt waren, [12]) muß unsre Behauptung auch für diese frühere Zeit mit genau dem gleichen Fuge gelten, mit welchem man für eben diese Zeit aus den Edicten als solchen überhaupt subjective Rechte herleitet. Ja, wenn es eine Zeit gegeben hat, in welcher die Magistrate ihre Jurisdiction nach Grundsätzen ausübten, welche zwar nicht durch Anschlag veröffentlicht, nichtsdestoweniger jedoch gleichmäßig beobachtet wurden, so läßt sich unser Satz schon für jene Zeit behaupten.

Hieraus ergiebt sich, daß l. 52 §. 6 D. de O. et A. 44, 7:

(*Modestin.* lib. 2. regul.) Jure honorario obligamur ex his, quae ex edicto perpetuo vel [a *ins.* M.] magistratu fieri praecipiuntur vel fieri prohibentur —

in den Schlußworten (vel a magistratu etc.) schlechterdings nicht auf den Erlaß von proponirten Interdicten bezogen werden kann. [13]) Denn hiervon verstanden würden

11a) S. oben §. 1837 Ziffer 66 Thl. 1 S. 386 f. N. 26.

12) Vgl. Wlassak Edict und Klagform S. 118.

13) Wie es thun Schmidt a. a. O. S. 8, Bekker Aktionen Bd. 2 S. 69 N. 35, G. Hartmann die Obligation S. 146 N. 6.

Man darf auch nicht etwa das so häufige interdicto teneri zu einem edicto teneri (z. B. in l. 3 §. 2 D. de calumn. 3, 6. l. 7 §. 1 D. de iurisd. 2, 1. l. 1 §. 2 D. de eo, per quem fact. 2, 10) in der Weise in Gegensatz stellen, als ob das Erstere begriffsmäßig niemals vor Erlaß des Interdictes eintreten könnte. Vielmehr hat das interdicto teneri an sich keinen andern Sinn, als das ebenfalls nicht seltene actione teneri

sie unleugbar einen Gegensatz zu dem ex edicto perpetuo obligari bilden; und da es sich nun nicht wohl bestreiten läßt, daß, abgesehen von den interdicta proposita, die übrigen auf Hervorbringung von Obligationen gerichteten Vorschriften des Edictes von dem Augenblicke an wirken, in welchem der von ihnen normirte Thatbestand vollendet vorliegt, so würde allerdings hinsichtlich der Interdicte nur die Annahme übrig bleiben, daß sie frühestens mit ihrem Erlasse im Einzelfalle verpflichteten.[14]) Obendrein verbietet

(z. B. Gai. IV, 4. l. 3 Cod. de transact. 2, 4. l. 27 §. 3 D. de R. V. 6, 1 und von einzelnen actiones z. B. l. 52 §. 2 D. de furt. 47, 2. l. 1 §. 24. l. 5 D. si quid in fraud. patr. 38, 5. l. 1 §. 5 D. de H. P. 5, 3); wie dieses bezeichnet es eine Haftung, welche mittels des genannten Rechtsmittels geltend gemacht werden kann. Bei prohibitorischen Interdicten kann nun allerdings das teneri nicht ante interdictum redditum beginnen (vgl. oben §. 1837 Ziffer 60 N. 46 Thl. 1 S. 349 f.); bei gebietenden Interdicten dagegen beginnt es, sobald die Voraussetzungen für die Erwirkung des Interdictes vorliegen. So in l. 1 §§. 4. 6. 9. l. 2 §. 4 D. quod legat. 43, 3. l. 3 §§. 3. 4. 6 D. de tab. exh. 43, 5. l. 2 §§. 37. 39. 40 D. ne quid in loco publ. 43, 8. l. 1 §§. 14. 36. l. 16. l. 18 pr. D. de vi 43, 16. l. 1 §. 2. l. 6. l. 7 pr. §§. 2. 5. 9. 10. l. 9 §§. 2. 3. l. 11 pr. §§. 1. 3. 6. l. 13 §. 7. l. 15 §. 1. l 18 pr. l. 21 §. 1. l. 22 §. 3 D. quod vi 43, 24. l. 4 §. 2 l. 8 §. 8. l. 13. l. 22 pr. §. 1 D. de prec. 43, 26. l. 3 §§. 2. 3. l. 4 §. 1 D. de hom. lib. exh. 43, 29. Besonders bezeichnend für die völlig gleiche Bedeutung des actione teneri und des interdicto (restitutorio oder exhibitorio) teneri ist die Zusammenstellung in l. 13 §. 2 D. de usufr. 7, 1 und in l. 3 §. 2 D. de alien. iud. mut. c. 4, 7.

14) Dies scheint übrigens auch ganz unabhängig von jener Auffassung der l. 52 §. 6 cit. die herrschende Ansicht zu sein. Huschke de causa Silaniana p. 11 (in Studien des Röm. Rechts Bd. 1 S. 10). Zimmern Röm. Civil-

sich die hierin liegende Entgegenstellung von edictum und interdictum schon kraft des Umstandes, daß die Sponsionen aus dem Interdicte die Fassung hatten:

si adversus *edictum* praetoris vis facta est —
si adversus *edictum* fecisti —
si contra *edictum* praetoris non exhibuisti oder restituisti. [15])

Denn, gleichviel welche besondere Beziehung man in diesem Zusammenhange zu denken habe: sicherlich weiset der fragliche Ausdruck auf das Jurisdictionsedict des interdicirenden Magistrates hin. [16])

Die Aufzeichnung Otto Hartmanns, welche ich den mitgetheilten Beweisgrund von den Sponsionen verdanke, ist nun geneigt, das „a magistratu fieri praecipi vel fieri prohiberi“ von Specialbefehlen des Magistrates zu verstehen, z. B. von dem nach genügender Sicherstellung an den Legatar ergehenden Gebote, den infolge der missio legatorum servandorum causa ergriffenen Besitz von Nachlaßstücken aufzugeben: decedere iubeo, [17]) oder von einem Veräußerungsverbote: deminui veto. [18]) Allein damit ist nicht geholfen! Jenes Gebot wird seinerseits wieder erst durch ein Interdict geschützt; [19]) dieses Verbot aber hat, soviel ich sehe, keine obligatorische Wirkung, sondern macht die verbotswidrige Veräußerung iure praetorio ungültig. [20])—

prozeß S. 226 zu N. 8. Hasse Rheinisches Museum für Jurisprudenz Bd. 6 S. 196 f. Huschke Gaius S. 201. vgl. übrigens dens. Multa und Sacramentum S. 72 f.

15) S. oben §. 1838a Ziffer 89 S. 88 f.
16) S. oben §. 1838a Ziffer 89 S. 92 ff.
17) L. 11 D. ut legat. 36, 3.
18) Z. B. l. 7 pr. D. de iure delib. 28, 8.
19) S. oben §. 1833 Ziffer 4 N. 70 a. E. Thl. 1 S. 32. §. 1838 Ziffer 86 zu N. 71 ff. S. 42 ff.
20) L. 26 D. de C. E. 18, 1. vgl. l. 7 §. 5 D. pro empt.

Selbstverständlich kann auch nicht an prätorische Cautionen gedacht werden:[21]) hier entsteht eine wirkliche Obligation erst aus der infolge des obrigkeitlichen Befehls eingegangenen Stipulation, also iure civili.

Das richtige Verständniß dürfte sich gemäß einer andern Aufzeichnung Otto Hartmanns ergeben aus der Bedeutung des „edictum perpetuum“ im Munde des Modestinus. Dieser Ausdruck bezeichnet hier nicht mehr das von dem designirten Magistrate für die Dauer seines bevorstehenden Amtes bekannt gemachte Jurisdictionsedict, sondern die julianische Redaction des Edictes.[22]) Im Gegensatze zu dieser durch ein Senatusconsultum festgestellten Redaction geht das „a magistratu“ auf die, durch Hadrian den Magistraten ausdrücklich zugewiesenen Ergänzungen etwa hervortretender Lücken des edictum perpetuum,[23]) gleichviel, ob man mit Rudorff[24]) darin die Ermächtigung findet, solche Ergänzungen dem von den wech-

41, 4. l. 12 D. de ursurp. 41, 3. Vgl. meinen Aufsatz in Grünhuts Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart B. 4 S. 682 f.

21) Beispiel einer solchen Caution negativen Inhalts ist die cautio amplius non peti.

22) Vgl. l. 7 §. 1 D. de appell. recip. 49, 5 (Paul.) l. 3 Cod. de ed. 2, 1 (Sever. et Anton.) l. 2 Cod. de in ius voc. 2, 2 (Gordian.) l. 2 §. 1 Cod. de cond. insert. 6, 46 (Sever. et Anton.) Krüger Geschichte der Quellen und Litteratur des Römischen Rechts §. 13 N. 35 S. 91.

23) Const. *Δέδωκεν* §. 18: *εἴ τι παρὰ τὸ διατεταγμένον ἀνακύψειεν, προσῆκόν ἐστιν τοὺς ἐν ἀρχαῖς τοῦτο πειρᾶσθαι διαιρεῖν καὶ θεραπεύειν κατὰ τὴν εἰς τῶν ἤδη διατεταγμένων ἀκολουθίαν.*

24) Rechtsgeschichte Bd. 1 §. 97 zu N. 7 S. 269 unter Berufung auf Gai. I, 6: ius autem edicendi habent magistratus populi Romani.

selnden Magistraten stets von neuem publicirten edictum perpetuum beizufügen, oder, wohl richtiger, mit Krüger[25]) nur diejenige, nach Art der nicht proponirten actiones utiles vorzugehen.

Mit der besondern Beziehung der l. 52 §. 6 D. de O. et A. 44, 7 auf die Interdicte ist aber zugleich der aus ihr hergeleitete Beweis dafür hinfällig, daß alle Interdicte Obligationen begründeten.

Nicht besser steht es mit dem Zeugnisse für diese Wirkung, welches Zimmern[26]) und Andere[27]) zu finden vermeinen in l. 1 §. 3 D. h. t.:

(*Ulp.* lib. 67. ad ed.) Interdicta omnia, licet in rem videantur concepta, vi tamen ipsa personalia sunt.

Denn, wie Schmidt gezeigt hat, wollen diese Worte vielmehr sagen, daß alle Interdicte, auch die unpersönlich gefaßten, persönlich an den Impetraten gerichtet werden.[28])

Es ist also die Frage nach der rechtlichen Wirkung

25) A. a. O. S. 86 N. 8 vbd. mit S. 91 zu N. 34 nach Const. Tanta §. 18: divus Hadrianus in compositione edicti et senatus consulto, quod eam secutum est, hoc apertissime definivit, ut si quid in edicto positum non invenitur, hoc ad eius regulas eiusque coniecturas et imitationes possit nova instruere auctoritas. Diese auctoritas ist nach der vorhergehenden Bemerkung: et ipse Julianus, legum et edicti perpetui subtilissimus conditor, in suis libris hoc rettulit, ut, si quid imperfectum inveniatur, ab imperiali sanctione hoc repleatur — eben der Kaiser selbst. vgl. l. 10 D. de leg. 1, 3 (Julian.) L. 11 eod. (Id.): et ideo de his, quae primo constituuntur, aut interpretatione aut constitutione optimi principis certius statuendum.

26) Röm. Civilprozeß §. 72 S. 226 zu N. 9.

27) Hasse Rhein. Mus. Bd. 6 S. 198. v. Savigny Recht des Besitzes §. 6 7. Aufl. S. 48 f. N. 1.

28) S. oben §. 1833 Ziffer 3 Thl. 1 S. 21 zu N. 43.

der Interdicte eine noch völlig offene. Wir haben bereits mehrfach Veranlassung gehabt, Einzelheiten aus ihrer Erörterung vorwegzunehmen;[29]) hier ist dieselbe nunmehr im Zusammenhange anzustellen.

Sollte zu irgend einer Zeit der Erlaß eines Interdictes rechtlich von der bloßen Willkür des Jurisdictionsmagistrates abgehangen haben, so ist für eine solche Zeit die Wirkung jenes Erlasses allerdings kaum anders zu bezeichnen, als dahin, daß derselbe, wie er einerseits den Impetraten zum Gehorsam verpflichtet, so anderseits dem Impetranten den persönlichen Anspruch wider den Gegner auf Befolgung des Interdictes, eventuell auf interdictsmäßige Verurtheilung gegeben, m. a. W. ein Forderungsrecht des Impetranten gegen den Impetraten begründet habe. Aber selbst für diese Zeit würde es falsch sein, jenes Forderungsrecht deshalb allgemein als Delictsobligation aufzufassen, weil die Verpflichtung des Impetraten auf dessen Ungehorsam gegen den ihn bindenden Befehl des Magistrates beruhe.[30]) Es wäre dies eine handgreifliche Verwechselung zwischen der Verpflichtung, im Falle des Ungehorsams verurtheilt zu werden, und der Verpflichtung, das Interdict

29) S. oben §. 1837b Ziffer 79 Thl. 1 S. 511 f., §. 1838d Ziffer 100 S. 215 f., §. 1838e Ziffer 103 S. 244 ff.

30) Bei Leist Bonorum possessio Bd. 1 S. 354 unten findet sich sogar die beiläufige Aeußerung, daß „Interdicta eigentlich nur gegen den seiner Schuld Bewußten gerichtet werden.“ Dies ist doch wohl, wie Schmidt a. a. O. S. 189 zu N. 1 bemerkt, nur ein Ausdruck des unklaren Gedankens, die Interdicte seien insgesammt Delictsklagen. — Wenn ich die einigermaßen verworrene Darstellung recht verstehe, so hält auch Zimmern a. a. O. S. 225 f. alle Klagen aus Interdicten für Delictsklagen, indem er sie aus Ungehorsam gegen den concreten Befehl des Prätors hervorgehen läßt.

selbst zu befolgen: und nur um die letztere handelt es sich hier. Denken wir uns z. B. ein Interdict vom Inhalte des spätern edictsmäßigen Quorum bonorum kraft eines willkürlichen Entschlusses gegen einen Besitzer körperlicher Nachlaßstücke erlassen, welcher sich mit scheinbar gutem Grunde für den heres des Erblassers hält: hier kann doch in dessen Besitze jener Nachlaßstücke nimmer eine schuldhafte Rechtsverletzung erblickt werden, welche die, formell auf dem erlassenen Interdicte beruhende, Verpflichtung zur Rückgabe jener Stücke sachlich erklärte. Nicht einmal für die aus prohibitorischen Interdicten der fraglichen Art entspringende Verpflichtung ist das Wesen der Delictsobligation schlechthin anzuerkennen; die Verletzung eines obrigkeitlichen Verbotes kann recht wohl ohne jedes subjective Verschulden, selbst ohne jede zurechenbare Fahrlässigkeit geschehen. Es wird genügen, in dieser Hinsicht auf die oben [31]) gemachten Ausführungen zu verweisen. Wollen wir uns also nicht etwa damit bescheiden, die aus den, augenblicklich allein in Frage stehenden, willkürlich erlassenen Interdicten erwachsenen Obligationen als Obligationen ex bene placito des Magistrates unterschiedslos zusammenzufassen, so werden wir zwecks ihrer Unterscheidung eben auf die Beweggründe zurückgreifen müssen, welche muthmaßlich den Prätor im Einzelfalle zum Erlasse jener Interdicte bewogen haben.

Und um so viel mehr werden wir dies thun müssen hinsichtlich der in die Rechtsordnung aufgenommenen Interdicte, [32]) soweit dieselben Obligationen hervorrufen. Dabei können wir uns hinsichtlich mancher auf Aussprüche der Quellen stützen, welche theils ausdrücklich das Wesen der das Interdict veranlassenden Handlung bezeichnen, [33]) theils

31) §. 1838d Ziffer 100 S. 216.
32) So treffend Schmidt a. a. O. S. 190.
33) So l. 5 D. h. t. (s oben Thl. 1 S. 444), l. 19 D. de

gewisse Eigenthümlichkeiten des Interdicts bezeugen, aus denen sich mit mehr oder minder großer Sicherheit auf dieses Wesen zurückschließen läßt. So weiset die beim Unde vi und Quod vi aut clam vorkommende Fassung als Noxalinterdict [34]) auf die Delictsnatur der dem Interdicte unterliegenden Handlungen hin; ebenso die bei diesen beiden wie beim fraudatorium bekundete Beschränkung der Haftung des Erben auf id, quod ad eum pervenit, [35]) und die Verjährung binnen eines annus utilis, welche die Quellen ebenfalls für die genannten drei Interdicte aussprechen; [36]) sowie endlich die bei eben denselben anerkannte strenge Haftung vom Augenblicke der Handlung an. [37]) Uebrigens zeigt sich sogleich auch, wie wenig mit einer derartigen Classification gewonnen ist: wie wir wissen, verjährt das interdictum de vi armata nicht; und das fraudatorium verpflichtet zwar von seiner Nativität an für die Gefahr, nicht aber für das sonstige Interesse.

Unter allen Umständen aber überhebt uns selbst die sorgfältigste Classification der aus Interdicten erzeugten Obligationen der aufgeworfenen Frage nicht, ob denn alle durch Interdictenschutz geschaffenen Rechtsverhältnisse Obligationen, und nur Obligationen, seien. Und gerade diese

vi 43, 16, wo Dejection und vi aut clam factum delictum genannt ist. S. ferner l. 2. l. 3 pr. D. quod vi 43, 24, wo der Thäter delinquens, l. 1 §§. 14 sq. de vi 43, 16, wo die Dejection maleficium, l. 1 cit. §. 43. l. 3 pr. eod., wo sie facinus heißt. Schmidt a. a. O. S. 192.

34) S. oben §. 1837 Ziffer 72 Thl. 1 S. 444 ff.

35) S. das. Ziffer 66 Thl. 1 S. 386 f. zu N. 24 ff.

36) S. oben §. 1837b Ziffer 77 Thl. 1 S. 489 f. — Vgl. auch oben §. 1835 Ziffer 12 Thl. 1 S. 83 f. das hinsichtlich der activen Vererbung des Unde vi Gesagte.

37) S. oben zu N. 7 bis N. 9.

Frage glauben wir auf das Entschiedenste verneinen zu müssen.

Macht gleich der für irgend ein bis dahin ungeschütztes Verhältniß in sichere rechtliche Aussicht gestellte Schutz mittels eines Interdictes dieses Verhältniß erst zu einem Rechtsverhältnisse, so wird doch dessen besondere rechtliche Natur nicht sowohl bestimmt durch die allgemeine Interdictenform seines Schutzes, als vielmehr gemäß dem besonderen Inhalte des durch den Schutz für diese einzelne Classe von Verhältnissen gewährten Anspruchs. Obligatorisch ist also das unter Interdictenschutz stehende Verhältniß nur dann, wenn dasselbe dem Impetranten lediglich den Anspruch auf eine vermögenswerthige Leistung gegen eine bestimmte Person gewährt, mag diese letztere nun durch eine der Vergangenheit angehörige Thatsache einfürallemal bestimmt sein, wie z. B. der Dejicient durch die Dejection beim Unde vi, mag sie, entsprechend der obligatorischen actio in rem scripta, durch einen dem Wechsel unterliegenden Umstand, insbesondere die thatsächliche Innehabung einer Sache, bestimmt werden, wie z. B. derjenige, penes quem tabulae testamenti sunt, beim interdictum de tabulis exhibendis. Nichtobligatorisch dagegen ist das unter Interdictenschutz stehende Verhältniß dann, wenn dasselbe dem Impetranten eine Herrschaft über Sachen oder Personen gewährt, welche entweder jeder Dritte anerkennen muß, oder doch jeder nicht besonders ausgenommene Dritte, oder endlich wenigstens eine ganze Classe Dritter.

Würde das Eigenthum statt durch die rei vindicatio geschützt durch ein restitutorisches Interdict etwa dieser Fassung:

> Quam rem, quae illius est ex iure Quiritium, tu possides, eam illi restituas —

so wäre damit augenscheinlich an der rechtlichen Natur des Eigenthums nicht das Allergeringste geändert: dasselbe bliebe

nach wie vor ein unmittelbares Sachenrecht, und wir Modernen, die wir gewohnt sind, die Klagen gemäß den durch sie geschützten Rechten zu classificiren, würden jenes Interdict zweifellos als „dingliches" zu bezeichnen haben. So wenig es uns einfällt, die Wirkung der rei vindicatio deshalb eine Obligation zu nennen, weil durch ihre Anstellung der Besitzer einer fremden Sache zu deren Rückgabe verpflichtet wird, so wenig würden wir die Wirkung jenes Interdictes so bezeichnen.

Verhält es sich nun wesentlich anders z. B. mit dem Quorum bonorum? Wie viel rein obligatorischer Zuthaten auch im Laufe der Zeit, namentlich durch das senatus consultum Juventianum, die hereditatis petitio in sich aufgenommen hat, sie ist doch stets eine nichtobligatorische Klage geblieben, eben die Klage zum Schutze des Erbrechtes im ganzen. Völlig entsprechend ist auch das Quorum bonorum, welches obendrein, außer der in seiner Formel ausdrücklich erwähnten Haftung für die bereits pro herede usucapirten Sachen und für dolo desiisse possidere, personales praestationes nicht umfaßt, [38]) ein nichtobligatorisches Interdict zum Schutze der bonorum possessio im ganzen. Ganz ähnlich steht es mit dem interdictum Quod legatorum, welches das, gegen den possessor pro herede oder pro possessore gerichtete, Quorum bonorum insofern ergänzt, als es die bonorum possessio gegen jeden schützt, welcher als wirklicher oder vermeintlicher Legatar, also titulo singulari, eigenmächtig den Besitz von Nachlaßsachen ergreift. [39])

Aber auch die Interdicte zum Schutze des bestehenden

38) S. oben §. 1835a Ziffer 19 Thl. 1 S. 128. §. 1837b Ziffer 79 N. 43 Thl. 1 S. 513. §. 1838e Ziffer 103 S. 246.

39) Lenel ed. perp. S. 228 f.

Besitzes und Quasibesitzes dinglicher Rechte sind keine obligatorischen Rechtsmittel. Denn die von ihnen geschützten Verhältnisse sind eben keine Forderungsrechte. Nichts hat vielleicht das Verständniß der interdicta retinendae possessionis nachhaltiger gehindert, als die ganz irrige Annahme, alle possessorischen Interdicte seien Delictsklagen, [40]) vollends, da man aus der vermeintlichen Natur der Besitzschutzmittel das Wesen des Besitzes selbst zu bestimmen suchte. [41]) Hätte man doch gerade umgekehrt zunächst die Natur des Besitzes feststellen sollen: alsdann würde sich das Wesen der reinen Besitzinterdicte von selbst ergeben haben. Wie bereits oben [42]) bemerkt, ist hier nicht der Ort, jene Untersuchung vorzunehmen; es muß genügen, die dingliche Natur des Besitzes anzuerkennen und demgemäß die interdicta retinendae possessionis für dingliche Interdicte zu erkären. Hat sich übrigens selbst bei jener irrigen Auffassung der possessorischen Interdicte die Verwandtschaft des Uti possidetis mit der negatoria in rem actio nicht füglich verkennen lassen, [43]) so müssen wir unumwunden behaupten, daß jenes Interdict hinsichtlich des Besitzes mit derjenigen Function, welche hinsichtlich des Eigenthums die negatoria

40) Dies ist bekanntlich die verhängnißvolle Meinung v. Savignys Recht des Besitzes §. 6. Vgl. darüber v. Ihering über den Grund des Besitzschutzes 2. Aufl. S. 92.

41) Wie es v. Savigny a. a. O. 7. Aufl. S. 48 wirklich dahin gethan hat, „daß der Besitz in das Obligationenrecht gehört," mit der ausdrücklichen Folgerung, er müsse deshalb „von allem Sachenrecht" getrennt werden. Dazu die treffende Bemerkung Bekkers Aktionen Bd. 2 S. 370.

42) §. 1837b Ziffer 79 Thl. 1 S. 512.

43) S. v. Savigny a. a. O. §. 37 7. Aufl. S. 400 f. zu N. 1 der Seite 401 und Rudorffs Anhang Nr. 133 dazu S. 696 f.

hat, in seiner recuperatorischen Wirkung diejenige Function vereinigt, welche hinsichtlich des Eigenthums der rei vindicatio zukommt. Daß sich die letztere Function des Interdicts, nämlich die Wiedererlangung des Besitzes, auf den iniuste vom Impetranten Besitzenden beschränkt, steht dem nicht nur nicht entgegen, sondern ergiebt sich als ganz nothwendige Folge daraus, daß begriffsmäßig auch das Recht des Besitzes mit dem Verluste der Thatsache desselben an einen iuste Erwerbenden untergeht.

Als ein dingliches Recht ist ferner das Verhältniß anzusprechen, welches durch die Ertheilung der missio für den missus an den Sachen entsteht, auf welche die missio gerichtet ist. Dieses Recht hat nämlich den Inhalt, daß die immittirte Person die Detention jener Sachen ergreifen und gegenüber jedem Dritten vertheidigen darf; es sind damit also jene Sachen insoweit ihrer rechtlichen Herrschaft unterworfen. Eben dieses dingliche Recht aber ist es, welches durch die zum Schutze der missiones legatorum servandorum, ventris und damni infecti nomine aufgestellten prohibitorischen Interdicte geltend gemacht wird; letztere sind deshalb dinglicher Natur. Anders verhält es sich mit der actio in factum, womit der rei servandae causa missus wegen Behinderung oder Störung an der Verwirklichung seiner missio Schadensersatz fordert: dies ist eine rein obligatorische Klage; sie macht das Forderungsrecht geltend, welches dem missus gegen den Hindernden oder Störenden erwachsen ist, — ganz ebenso, wie die dem Eigenthümer zuständige actio legis Aquiliae nicht eine dingliche, sondern eine obligatorische Klage ist.

Dem entsprechend müssen wir die mittels der interdicta de migrando und Salvianum geschützten Verhälnisse als obligatorische bezeichnen. Ersteres Interdict schützt das Forderungsrecht des Miethers gegen den Vermiether, soweit dasselbe dahin geht, daß dieser jenem das Fortschaffen der

nicht zwecks der Pfandhaftung für die obligatio locati eingebrachten oder dieser Haftung nicht mehr unterliegenden Invecten und Illaten aus der Miethwohnung gestatte; es ist nur eine wirksamere Form zur Geltendmachung dieses Forderungsrechtes, als die Contractsklage.[44]) Das Salvianum aber macht nicht etwa das dingliche, d. h. die verpfändeten Sachen unmittelbar der Herrschaft des Verpächters unterwerfende und gegen jedermann wirkende, Pfandrecht an den Inventarstücken des Pächters geltend (ein solches ist erst kraft Aufstellung der Serviana actio geschaffen), sondern lediglich den persönlichen Anspruch, welcher kraft der Pfandgebung für den Verpächter gegen den Pächter erwachsen ist, dahin gehend, daß dieser jenem gestatte, an den verpfändeten Gegenständen Besitz zu ergreifen. Beide Interdicte sind also obligatorische.

An dieser Stelle glauben wir uns im ganzen auf vorstehende Beispiele beschränken zu dürfen, insofern es hier genügt, die Mannigfaltigkeit im Wesen der Interdicte dargelegt zu haben. Die Einreihung der einzelnen vermögensrechtlichen interdicta privata in die nach der rechtlichen Verschiedenheit der durch sie geschützten Verhältnisse sich ergebenden Classen dagegen muß der Erörterung eben der einzelnen Interdicte überlassen werden. Dies um so mehr, als sich dabei Meinungsgegensätze herausstellen, welche ohne diese eingehende Untersuchung nicht geschlichtet werden können.[45])

44) S. oben §. 1837 Ziffer 67 Thl. 1 S. 392 zu N. 42a.

45) Ich erinnere an meine Darlegung über die Natur der Obligation des Precaristen, welche ich für eine Verpflichtung aus unberechtigtem Haben, analog einer der condictio sine causa unterliegenden Bereicherung halte (Archiv für die Civilist. Praxis Bd. 59 S. 221 ff.), und den vielen Widerspruch, den dieselbe gefunden hat.

Eine Besprechung aber in gegenwärtigem Zusammenhange erheischen noch drei Classen von Interdicten:

1) die familienrechtlichen;
2) die prohibitorischen obligatorischer Natur und
3) die Popularinterdicte.

118. Zum Schutze von Familienrechten dienen, wie wir gesehen haben, [46]) die interdicta de liberis exhibendis und ducendis, sowie de liberto exhibendo. Allerdings geht auch bei ihnen die Verurtheilung auf das vermögensrechtliche Interesse, welches der Gewalthaber an der Erwerbsthätigkeit des Hauskindes, der Patron an den operae officiales des Freigelassenen hat. [47]) Allein dies beweiset für die obligatorische Natur jener Interdicte ganz und gar nichts. Denn auch bei der vindicatio eines filiusfamilias ging die condemnatio auf das Vermögensinteresse des siegreichen Vindicanten, ja vermuthlich insofern in noch umfassenderm Maße, als hier nicht nur der seit der Litiscontestation dem Gewalthaber entgangene Erwerb berechnet wurde, sondern alles, was der Beklagte durch das Hauskind schon vorher wirklich erworben hatte oder vom Augenblicke seiner mala fides hätte erwerben können. [48]) Nichtsdestoweniger wird niemand diese vindicatio für eine Forderungsklage halten.

Wie sehr aber bei den fraglichen Interdicten die präjudicielle Entscheidung über das beanspruchte Familienrecht des Impetranten das Wesentliche ist, erhellt aus der uns für das interdictum de liberis exhibendis bezeugten Tragweite ihrer Rechtskraft, welche im Falle der Aberkennung der väterlichen Gewalt nicht auf die Parteien des

46) Oben §. 1835 Ziffer 9 Thl. 1 S. 61 ff.
47) S. oben §. 1838b Ziffer 93 S. 148 f.
48) S. oben §. 1835a Ziffer 14 Thl. 1 S. 102 f. N. 17.

Rechtsstreites beschränkt bleibt, sondern allgemein wirkt. [49]) Bei den actiones legis Aquiliae und furti des angeblichen Gewalthabers wegen eines am Körper seines angeblichen Hauskindes begangenen damnum iniuria datum oder furtum würde die Aberkennung der patria potestas sicherlich nur zwischen den Parteien Rechtskraft gemacht haben. Es erscheint somit jenes Interdict recht eigentlich als ein Rechtsmittel zur Geltendmachung der väterlichen Gewalt. Und das Gleiche muß sinngemäß für die beiden anderen genannten Interdicte gelten.

119. Die Verpflichtungen aus solchen gesetzlichen oder edictsmäßigen Verboten, welche mittels einfacher actiones auf Ersatz geschützt werden, sind, wie alle s. g. obligationes in non faciendo, in Wahrheit Obligationen auf das Interesse an dem Unterlassen des entgegensetzten facere. Dieses facere bildet m. a. W. die Bedingung der Obligation, und es versteht sich demnach von selbst, daß die actio aus einer solchen Obligation erst dann nata ist, wenn ein Zuwiderhandeln vorliegt. [50])

Ein obligatorisches interdictum prohibitorium dagegen kann beim Vorhandensein seiner übrigen Voraussetzungen mit rechtlichem Erfolge schon dann erwirkt werden, wenn ein Handeln derart, wie es durch das Interdict dem Impetraten untersagt werden soll, noch gar nicht vorliegt. [51]) Allein jener Erfolg besteht zunächst nur in einer rechtlichen

49) L. 1 §. 4 D. de lib. exh. 43, 30 (s. oben Thl. 1 S. 480): ne de hoc quaeratur, an sit in potestate, sed an sit iudicatum. Windscheid Lehrb. Bd. 1 §. 132 N. 7.

50) Vgl. meine Anzeige von G. Rümelin die Theilung der Rechte in Göttinger gelehrte Anzeigen 1883 S. 818 f. S. auch Bekker Aktionen Bd. 2 S. 69 f. G. Hartmann die Obligation S. 146 N. 6.

51) S. oben §. 1837 Ziffer 60 Thl. 1 S. 347 ff.

Nöthigung des Impetraten, die ihm verbotenen Handlungen zu unterlassen, noch nicht jedoch in dessen Verpflichtung zu einer klagbaren Leistung. Letztere ist vielmehr erst dann vorhanden, wenn trotz dem persönlich ausgesprochenen Verbote das Verbotene geschehen ist; erst damit ist die Möglichkeit einer condemnatio gegeben, welche, von dem Sponsionsverfahren abgesehen, auf das Interesse geht. Die aus dem Erlasse des Interdictes erwachsende Obligation ist also ebenfalls nur eine durch ein interdictswidriges Handeln bedingte Obligation auf das Interesse an dessen Unterlassen. Hinsichtlich der Hauptsache hat somit der Erlaß des Interdictes eben dieselbe Wirkung, welche dem unter den Schutz einer Ersatzklage gestellten Verbote ohne weiteres zukommt. [52])

Immerhin jedoch hat das mittels Aufstellung eines interdictum prohibitorium ausgesprochene Verbot gegenüber dem durch Aufstellung einer actio ausgesprochenen zwei Eigenthümlichkeiten: einestheils erhält es verbindliche Kraft erst durch die persönliche Wiederholung im Einzelfalle; anderntheils aber ist der Anspruch auf diesen Erlaß mit den edictsmäßigen Voraussetzungen des Interdictes vorhanden.

120. Wie bereits oben [53]) hervorgehoben worden, ist ein subjectives Recht des Impetranten aus einem Popularinterdicte in keinem Falle denkbar, bevor derselbe das Interdict erwirkt hat. Da dieses subjective Recht als solches sich also lediglich auf die Verleihung des Interdictes im Einzelfalle stützt, schlechterdings nicht auf ein im Hintergrunde stehendes eignes Recht des Impetranten zurückgeführt werden kann, so versteht es sich von selbst, daß dasselbe auch nur gegen die Person des Impetraten geht. Es ist

52) Bekker und G. Hartmann a. a. O. O.
53) Ziffer 117 S. 386 vor N. 3.

m. a. W. stets und nothwendig obligatorischen Inhalts. Und zwar hat, sofern die Voraussetzungen des erwirkten Interdictes als vorhanden gelten, der Impetrant eines gebietenden Popularinterdictes unmittelbar kraft der Erwirkung desselben ein unbedingtes Forderungsrecht auf die dem Impetraten anbefohlene Restitution oder Exhibition erworben. Aus der Erwirkung eines prohibitorischen Popularinterdictes dagegen entsteht für den Impetraten gemäß den Ausführungen in Ziffer 119 zunächst nur ein durch die Verletzung des Verbotes bedingtes Forderungsrecht auf das Interesse an der Beachtung jenes Verbotes.

Es bedarf jedoch kaum der Bemerkung, daß in der Hervorbringung eines, unbedingten oder bedingten, Forderungsrechtes für den Impetranten der Zweck der Popularinterdicte nicht liegt. Vielmehr ist die Hervorbringung eines solchen Rechtes nur das Mittel, den wirklichen Zweck des aufgestellten Interdictes zu sichern. Dieser Zweck aber besteht darin, im Gemeininteresse für ein bestimmtes Verhältniß einen absoluten Schutz zu schaffen. Kraft der Aufstellung des Popularinterdictes ist dieses Verhältniß selbst zu einem privatrechtlich geschützten, somit zu einem Rechtsverhältnisse des Privatrechtes geworden und bildet als solches die Grundlage für das im Einzelfalle impetrirte Interdict.

§. 1840.

Der Untergang des Interdictenverfahrens.[1])

121. Mehrere Rescripte der Kaiser Diocletian und Maximian aus den Jahren 293—304 bezeugen, daß in verschiedenen Fällen, in denen nach classischem Rechte das

1) Vgl. Schmidt a. a. O. S. 321—347.

Interdictenverfahren eintrat, damals secundum sententiam interdicti, interdicti exemplo, secundum edicti Quorum bonorum tenorem, ad instar interdicti verfahren wurde.

L. 1 §. 1 Cod. quod legat. 8, 3:
— si legatarius vel fideicommissarius non consentiente patre tuo, quem adseveras testatori successisse et bonorum possessionem accepisse, relicta sibi legata vel fideicommissa detinuit, *secundum sententiam interdicti*, quod adversus legatarios scriptis heredibus propositum est, oblata satisdatione, quam praestari oportet, in possessione constitui, ut ita retentione competenti utaris, experiri potes. XVI. Kal. Jan. AA. Conss. (293).

L. 2 Cod. unde vi 8, 4:
Vi pulsos restituendos esse *interdicti exemplo*, si necdum annus excessit, certissimi iuris est, et heredes teneri in tantum, quantum ad eos pervenit. AA. Conss. (293).

L. 2 Cod. quor. bon. 8, 2:
Si ex edicto sororis patruelis intestato sine liberis defunctae recte petita bonorum possessione quaesisti successionem ac negotium integrum est, quae cum moreretur eius fuerunt, *secundum edicti Quorum bonorum tenorem* ab his, qui pro herede vel pro possessore possident, dolove malo fecerint, quo magis desierint possidere, tibi rector provinciae restitui efficiet. VI. Kal. April. CC. Conss. (294).

L. 4 Cod. unde vi 8, 4:
Si de possessione vi deiectus es, eum et legis Juliae vis privatae reum postulare et *ad instar interdicti Unde vi* convenire potes, quo reum causam omnem praestare, in qua fructus etiam, quos vetus possessor

percipere potuit, non quos praedo percepit, venire non ambigitur. IV. Id. April. CC. Conss. (294).

L. 17 Cod. de A. E. et V. 4, 49:
(*Dioclet.* et *Max.* AA. et CC.) Expulsos vos de fundo per violentiam a Nerone, quem habere ius in eo negatis, profitentes nullam vobis adversus eum, ex cuius venditione fundum possidetis, actionem competere probatis . igitur *ad instar interdicti* seu actionis promissae experiendum esse perspicitis (s. d. et c. 293—304). [2])

Die Thatbestände, welche in diesen Rescripten beur-

2) Nicht als Beleg zu gebrauchen ist l. 3 Cod. de lib. exh. 8, 8: Si ad instar interdicti de exhibenda filia Philippi eum conveniendum putaveris, rector aditus provinciae suam vobis accommodabit notionem. XII. Kal. Dec. AA. Conss. (293). Sofern nämlich die von Krüger nach den Codices Pistoriensis (P. saec. X—XI), Parisiensis emendatus (L[b] saec. XI) und der Summa Perusina (S. saec. X) angenommene Lesart des Namens der Person, an welche dieses Rescript ergangen ist, „Evodiae," als richtig gelten darf, ließe sich das „ad instar interdicti," entsprechend dem „ad exemplum interdictorum, quae in albo proposita habet" der l. 1 Cod. de interd. 8, 1 und dem „ad exemplum interdicti, quod fructuario proponitur" der l. 27 D. de donat. 39, 5 (Papin.) von einem interdictum de liberis exhibendis utile verstehen, welches die rescribirenden Kaiser unter Umständen der Mutter geben (l. 2 eod. vgl. l. un. Cod. divortio facto 5, 24), ohne daß dabei an die Form des Verfahrens selbst gedacht zu werden brauchte. Vgl. Schmidt a. a. O. S. 14 zu N. 4. S. 323 zu N. 2. Haben wir freilich anderswoher die Ueberzeugung von der veränderten Form des Verfahrens gewonnen, so werden wir das ad instar interdicti auch darauf beziehen. Vgl. Puchta Pandekten §. 432 N. g. Schmidt a. a. O. S. 325 f. N. 3.

theilt werden, passen genau unter proponirte Interdictsformulare; es ist deshalb völlig ausgeschlossen, die fraglichen Ausdrücke von interdicta utilia zu verstehen: sie können nur von einen Verfahren verstanden werden, welches nicht mehr das eigentliche Interdictenverfahren war. In der That spricht dies ein anderes Rescript jener Kaiser ausdrücklich aus.

L. 3 Cod. de interd. 8, 1:

Incerti iuris non est, orta proprietatis et possessionis lite prius possessionis decidi oportere quaestionem competentibus actionibus, ut ex hoc ordine facto de dominii disceptatione probationes ab eo, qui de possessione victus est, exigantur . interdicta autem licet in extraordinariis iudiciis proprie locum non habent, tamen ad exemplum eorum res agitur. V. Kal. Jan. AA. Conss. (293).

Hiernach finden in extraordinariis iudiciis Interdicte im eigentlichen Sinne nicht statt; doch erfolgt die gerichtliche Verhandlung nach ihrem Vorbilde.

Diesen Ausspruch bestätigen Justinians Institutionen. Die auf die Vergangenheit abgestellten Worte des pr. J. de interd. 4, 15:

Erant autem interdicta formae atque conceptiones verborum, quibus praetor aut *iubebat* aliquid fieri aut fieri *prohibebat* —,

bekunden, daß Interdicte nicht mehr vorkamen; den Anlaß aber ihres Verschwindens erklärt §. 8 eod.:

De ordine et veteri exitu interdictorum supervacuum est hodie dicere: nam quotiens extra ordinem ius dicitur (qualia sunt hodie omnia iudicia), non est necesse reddi interdictum, sed perinde iudicatur sine interdictis, atque si utilis actio ex causa interdicti reddita fuisset.

Und demgemäß lautet die Rubrik unseres Titels (D. 43, 1):

De interdictis sive extraordinariis actionibus, quae pro his competunt.

Mittels dieser Ueberschrift und der in den Institutionen ertheilten Erläuterung glaubte Justinian den Leser seiner Sammelwerke genugsam darüber unterrichtet zu haben, daß derselbe überall da, wo in diesen von Interdicten ohne weitere Bemerkung geredet wird, darunter eben eine actio utilis oder extraordinaria ex causa interdicti verstehen müsse. Somit hat er den Compilatoren die Mühe erspart, die vermöge jener Begriffsvertauschung sich ergebende duplex interpretatio der einschlagenden Stellen durch Interpolationen zu sichern. Er war hierzu um so mehr befugt, als schon frühere Kaiser bei der Entscheidung von Fällen, in welchen ehedem Interdicte erlassen worden waren, nicht selten noch ganz unbefangen von Interdicten geredet hatten, [3]) während anderswo in alten Interdictsfällen von „actio" gesprochen wird, [4]) nämlich

3) So Diocletian und Maximian selbst in l. 2 Cod. de prec. 8, 9 (293), Valentinian I., Valens und Gratian in l. 22 Cod. Th. quor. app. 11, 36 (374), Arcadius und Honorius in l. 9 Cod. Th. de infirm. his, quae sub tyr. 15, 14 (395), l. 8 Cod. J. unde vi 8, 4 (395), l. 6 Cod. Theod. de denunt. 2, 4 = l. 4 Cod. J. de interd. 8, 1 (406). In l. 3 §. 1 Cod. J. quor. bon. 8, 2 dagegen (Arcad. und Honor. 395) sind die Worte „per interdictum Quorum bonorum" erst von Justinian eingeschoben; das Original, l. un. Cod. Th. eod. 4, 21, hat sie nicht.

4) So schon Diocletian und Maximian in l. 3 Cod. de interd. 8, 1 (293): prius possessionis decidi oportere quaestionem competentibus actionibus (sc. interdictis Uti possidetis vel Utrubi); Constantin in l. 1 §. 1 Cod. si per vim 8, 5 = l. 1 Cod. Th. unde vi 4, 22 (326): actionem recuperandae possessionis

eben von der utilis oder extraordinaria actio ex causa interdicti. [4a])

Ohne den richtigen Begriff der iudicia extraordinaria aber hat man sich vergeblich bemüht, das Verständniß dafür zu gewinnen, weshalb in extraordinariis iudiciis interdicta proprie locum non habent. Solange man jenen Begriff in dem Verfahren ohne Formel und ohne die alte Theilung der richterlichen Thätigkeit zwischen Jurisdictionsmagistrat und iudex sucht, ist in der That ein Causalzusammenhang zwischen der Einführung dieses Verfahrens und dem Untergange des Interdictenverfahrens nicht wohl nachweisbar. [5]) Der Umstand, ob die richterliche Thätigkeit in der beschriebenen Weise getheilt ist oder nicht, vermag auf den Erlaß des magistratischen Interdictes und auf das bei Nichtbefolgung des letztern sich daran schließende Verfahren einen bestimmenden Einfluß schlechterdings nicht auszuüben.

Dies spricht Schmidt [6]) völlig zutreffend aus. Es „würde," sagt er, „der Fortbestand der Interdicte selber mit dem neuen Verfahren vereinbar gewesen sein; denn dieselben waren ihrer Form nach nicht Instructionen für

(sc. interdictum Undi vi) indulgemus; Honorius und Theodosius 2. in l. 6 Cod. Th. eod. (414): Momenti actio (wofür Justinian in l. 3 Cod. J. qui legit. pers. 3, 16 gesetzt hat: Momentariae possessionis actio) = interdictum Unde vi. S. ferner actio für interdictum in der Interpretatio zu l. 1 Cod. Th. unde vi 4, 22 (integra causae actio proponatur), l. 6 eod. (nihil valeat actio contra aetatem minorem), l. un. Cod. Th. utrubi 4, 23 (ad momentariam non pertinet actionem).

4a) Bruns Besitzklagen S. 92 f., wo aber aus Versehen „das interdictum U. P." statt „U. V." gesetzt ist.

5) Vgl. zum Folgenden O. E. Hartmann Gerichtsverfassung S. 538 ff.

6) A. a. O. S. 321.

den Richter, sondern an den Belangten gerichtete Commonitionen." Er selbst bescheidet sich nun damit, die Beseitigung der Interdicte für eine wenig erhebliche Maßregel zur Vereinfachung des Verfahrens zu erklären. „Wenn man," fährt er fort, „des Umstands eingedenk ist, daß für ihre Erhaltung schon in dem Formularprocesse innere Gründe nicht mehr vorlagen, daß sie vielmehr schon damals zu einer ziemlich nutzlosen Einleitungsform herabgesunken waren, die man, mindestens in einzelnen Fällen, [7]) in der That auch beseitiget hatte: so wird man die Entfernung der Interdictenformen bei Gelegenheit jener Radicalreform (nämlich der allgemeinen Einführung des Extraordinarverfahrens im landläufigen Sinne) als etwas naheliegendes bezeichnen können." [7a])

Selbst vom Standpuncte der gewöhnlichen Auffassung der iudicia extraordinaria würde diese Ansicht als letzter Nothbehelf einer Erklärung der fraglichen Thatsache doch nur dann haltbar erscheinen, wenn ihre unerläßliche Voraussetzung feststände, die Annahme nämlich, daß die Sponsionssumme im Interdictenverfahren schon zur Zeit des herrschenden ordo iudiciorum „nach milderem Maßstabe bestimmt worden" sei, [8]) m. a. W. daß auch bei den prohibi-

7) Hiermit werden diejenigen Fälle gemeint sein, in welchen statt des Interdicts eine exsecutio iure potestatis extraordinaria i. d. S., stattfand. Vgl. Schmidt a. a. O. S. 310 ff. unter V und oben §. 1839 Ziffer 116 S. 379 ff.

7a) Aehnlich Bekker Aktionen Bd. II S. 56 f.

8) Schmidt a. a. O. S. 319. Vgl. Bekker a. a. O. S. 57 nach N. 10, der als ersten Act des Untergangs der Interdicte den Wegfall von Sponsion und Restipulation aufführt, nachdem die alternative Concurrenz „einzelner extraordinariae cognitiones" mit einzelnen Interdicten in der Praxis das Vorspiel gebildet habe. Zuletzt sei als „das Wichtigste" „das Nachsuchen und Erlassen des Interdicts für den besonderen Fall" verschwunden.

torischen Interdicten, bei denen der Impetrat, sobald ihm eine Uebertretung des Verbotes zur Last gelegt wurde, der Strafsponsion nicht entgehen konnte, die letztere nicht mehr dazu gedient habe, dem prätorischen Befehle Nachdruck zu verleihen. Wäre jedoch diese Annahme richtig, so würde es alsdann kaum begreiflich sein, daß man gleichwohl, so lange der ordo iudiciorum im üblichen Sinne bestand, die Interdicte beibehielt: mit der in den Sponsionen gegebenen Nöthigung zu ihrer unweigerlichen Befolgung wäre ja der wirksamste der beiden, von Schmidt anerkannten, Zweckmäßigkeitsgründe für ihre Beibehaltung verschwunden gewesen; der persönliche Befehl des Magistrates ohne den Nachdruck der Sponsion würde schwerlich noch besondere Eindringlichkeit bewährt [9]) und somit das Beibehalten der Interdicte gerechtfertigt haben. Sofern er dies jedoch immer noch gethan haben sollte, wie kam es dann, daß er im „Extraordinarverfahren" seine Kraft verlor oder doch nicht mehr gewürdigt wurde?

v. Bethmann-Hollweg [10]) hält allerdings den Untergang des Interdictenverfahrens für „die nothwendige Folge der Aufhebung des Ordo Iudiciorum privatorum, d. i. der regelmäßigen Iudicis Datio, zu Ende des dritten Jahrhunderts; denn das Interdict war ja nicht irgend ein Gebot des Prätors, sondern ein förmlicher Ausspruch desselben, wodurch das Iudicium normirt wurde." Diese, auf *Theophil.* ad §. 1 J. de interd. 4, 15: *ὁμιλία πραίτωρος — ῥυθμίζουσα τὸν δικαστήν* — gestützte, Begriffsbestimmung würde nach jener Stelle noch genauer dahin lauten müssen, das Interdict sei ein Ausspruch des Prätors, wodurch der iudex instruirt wurde; und daraus scheint sich dann freilich von selbst zu ergeben, daß, wo kein iudex,

9) S. oben §. 1839 Ziffer 114 S. 348.
10) Röm. Civilproceß Bd. III §. 163 S. 346.

d. h. kein vom Magistrate ernannter Richter, mehr vorkam, auch kein Interdict mehr möglich war. Allein es ist hierbei zunächst nicht berücksichtigt worden, daß iudices dati ja immer noch vorkamen. Zwar waren zu Justinians Zeit diese iudices dati nicht mehr auf diejenige richterliche Thätigkeit beschränkt, welche gemäß der alten Theilung des Verfahrens den, erst nach der Litiscontestation bestellten, iudices privati zugekommen war, vielmehr fand jetzt vor ihnen nicht nur die Litiscontestation statt, sondern es stand ihnen auch die Untersuchung und Entscheidung über das Dasein der Proceßvoraussetzungen zu. [11]) Indessen schließt

11) L. 16 Cod. de iud. 3, 1. In dieser verschiedenen Abgrenzung der richterlichen Functionen dürfte der wesentliche Unterschied der iudices privati des Formularprocesses und der iudices pedanei des justinianischen Processes liegen. Es dient schwerlich zur Klarlegung des Verhältnisses, wenn man dabei als Stichworte die Ausdrücke „Geschworene" auf der einen Seite und „Unterrichter" auf der andern Seite gebraucht. Vielmehr verleitet der letztere Ausdruck zu der falschen Vorstellung, den iudex pedaneus für einen richterlichen Beamten zu halten, während doch auch er ein Privatmann war. Daß die iudices pedanei aus den bei der einzelnen Jurisdictionsstelle immatriculirten Advocaten genommen werden, und letztere sich die ihnen damit auferlegte Beschäftigung gefallen lassen mußten (v. Bethmann-Hollweg röm. Civilpr. Bd. 3 S. 121 ff.), macht sie gewiß nicht zu Beamten. Uebrigens ergiebt l. 2 Cod. de libert. et lib. eor. 6, 7 (Constantin. 326) v.: si in iudicio vel apud pedaneos iudices patroni querella exserta ingratum eum ostendat —, welche es nach Pernice Zeitschrift der Savigny-Stiftung Bd. 7 roman. Abth. S. 106 zu N. 3 außer Zweifel stellen soll, „daß spätestens seit Constantin iudex pedaneus der Kunstausdruck für den Unterrichter ist" — über diesen s. g. „Unterrichter" m. E. durchaus nichts Weiteres, als daß er eine

dieser Unterschied von den iudices privati des Formularprocesses in keiner Weise die Möglichkeit aus, die iudices dati durch ein Interdict zu instruiren, welches für den Einzelfall bereits ertheilt sein mußte, bevor ihnen derselbe zur Aburtheilung zugewiesen wurde. Sodann aber hat v. Bethmann-Hollweg die angeführten Worte des s. g. Theophilus an sich mißverstanden. Dieselben lauten im Zusammenhange:

ὁμιλία πραίτωρος μεταξὺ δύο τινῶν — οὐ τέμνουσα τὴν ὑπόθεσιν, ἀλλὰ ῥυθμίζουσα τὸν δικαστήν, ὅπως χρὴ κρίνειν περὶ τῆς ὑποθέσεως.

Also: das Interdict ist ein vom Prätor den Parteien gegenüber abgegebener Ausspruch, welcher die Rechtsfrage nicht endgültig entscheidet, vielmehr den Richter anweiset, wie dieselbe entschieden werden muß. Darüber jedoch, welcher Art dieser Richter ist, enthält unsre Stelle nicht einmal eine Andeutung. Da selbstverständlich seine Thätigkeit erst eintritt, nachdem diejenige des interdicirenden Prätors beendigt ist, so würde jenes Wesen des Interdicts der Möglichkeit nicht entgegenstehen, daß eben dieser interdicirende Prätor selbst demnächst als Richter über die mittels des Interdictes normirte Rechtsfrage entschiede. In der

richterliche Thätigkeit in iudicio ausübt, und zwar, wie das „vel“ = „wenngleich, selbstwenn“ oder dergl., zeigt, in einer Stellung, welche weniger angesehen ist, als diejenige andrer richtender Personen, d. h. ohne Zweifel richtender Jurisdictionsmagistrate. So mit Recht v. Bethmann-Hollweg röm. Civilpr. Bd. 3 S. 119 N. 15, der daneben noch anführt l. 3 Cod. ubi et ap. quem 2, 46 (47) (Justinian.), wo der gleiche Gegensatz mit den Worten: sive tantummodo apud iudicem, cui aliqua iurisdictio est —, sive et apud pedaneos iudices — noch schärfer betont wird. — Ueber den iudex pedaneus in den Pandekten s. die Beilage.

That nimmt ja gerade v. Bethmann-Hollweg in offenem Widerspruche zu seiner Behauptung, die Beseitigung des förmlichen Erlasses von Interdicten sei die nothwendige Folge der zu Ende des dritten Jahrhunderts durchgeführten Aufhebung der Judicis Datio, ganz unbefangen an, [12]) daß Interdicte noch bis zum fünften Jahrhundert regelmäßig impetrirt und erlassen worden seien. [13])

Als etwas ganz Selbstverständliches dagegen ergiebt sich der Wegfall des Interdictenverfahrens mit der Verallgemeinerung der iudicia extraordinaria, sobald man diese mit O. E. Hartmann auffaßt als Gerichte, welche, unabhängig von bestimmten Sitzungsperioden, vom rerum actus, conventus, also jederzeit stattfinden.

Wie wir gesehen haben, [14]) bestand die Bedeutung des Interdictenverfahrens gegenüber den iudicia ordinaria darin, daß dasselbe für die seiner theilhaftigen Sachen den Mißstand, welchen der Aufschub der Aburtheilung bis zum rerum actus mit sich brachte, entweder unging oder doch ausglich, — das Erstere, sofern der Impetrat, um die poena sponsionis zu vermeiden, einen arbiter erbat, oder, wo er dies nicht vermochte, das Interdict nicht verletzte, wo er es versäumt hatte, den Gegner außergerichtlich befriedigte; das Andere, sofern das agere ex sponsione dem widerrechtlich bis zum rerum actus hingehaltenen Impetranten in der summa sponsionis Genugthuung für diese Verzögerung gewährte. Als mit dem Wegfall der periodischen Gerichtsversammlungen alle Rechtsstreitigkeiten, abgesehen von den für die Einzelsache stattfindenden Verhandlungsfristen, unverzüglich zur Aburtheilung gelangen konnten, waren zugleich dem Interdictenverfahren die Voraus-

12) A. a. O. S. 346 zu N. 20.
13) Ueber diese Ansicht s. unten Ziffer 124.
14) §. 1839 Ziffer 114 S. 350 ff.

setzungen der Lebensfähigkeit abgeschnitten. Für die poena sponsionis gab es keine Rechtfertigung mehr, denn auch der widerspänstige Impetrat unterlag alsbald der gerichtlichen Entscheidung; das Erbitten eines arbiter aber würde im gegenwärtigen Verfahren keine Beschleunigung bewirkt haben. Waren demnach Erbittung eines arbiter und Eingehung von sponsio und restipulatio sachlich gleich zwecklos, so mußte die poena restipulationis als ein willkürliches Abschreckungsmittel für den Impetranten erscheinen, und anderseits ließ sich nicht füglich auch jetzt noch die Erpressung gut heißen, welche seitens eines unberechtigten Impetranten durch die Aengstigung mit der poena sponsionis auf den Gegner ausgeübt werden konnte.

122. Es erscheint fast undenkbar, daß die Römer den geschilderten engen Zusammenhang zwischen dem ordo iudiciorum im Hartmannschen Sinne und dem Interdictenverfahren auch nur einen Augenblick verkannt haben sollten, sobald ein magistratus extraordinarius, also namentlich ein kaiserlicher Statthalter, dazu vorschritt, über alle Sachen, welche der hauptstädtische Prätor in den ordo verwiesen haben würde, unabhängig von einer bestimmten Geschäftsperiode, einem rerum actus, iudicia anzuordnen. Im Gerichtsgebiete dieses Magistrates würde die Begünstigung, welche gegenüber den actiones ordinariae in den Interdicten lag, sich nunmehr in das Gegentheil verwandelt haben. Hatten sich daneben in anderen Gerichtssprengeln iudicia ordinaria behauptet, so wird in diesen auch das Interdictenverfahren fortgedauert haben. Wenn wir mit Sicherheit wüßten, ob irgendwo, namentlich in Rom, der alte ordo iudiciorum mit Geschwornen aus einer allgemeinen Liste noch im Jahre 293 n. Chr. bestanden habe, so würden wir mithin die diesem Jahre angehörige l. 3 Cod. de interd. 8, 1 [15])

15) S. oben S. 408.

in ihrem ursprünglichen Sinne nicht von dem völligen Verschwinden des Interdictenverfahrens verstehen dürfen, sondern nur von dessen Beseitigung in denjenigen Gerichtssprengeln, in welchen damals ausschließlich iudicia extra ordinem stattfanden. Doch unterstützen wohl die unterschiedslos von secundum interdicti sententiam und interdicti exemplo redenden l. 1 §. 1 Cod. quod legat. 8, 3 [16]) und l. 2 Cod. unde vi 8, 2 [17]) aus dem nämlichen Jahre, sofern dieselben in der fraglichen Hinsicht nicht etwa interpolirt sind, die Annahme, daß damals der ordo iudiciorum bereits überall untergegangen war. [18])

Nach Justinians Mittheilungen wurde zu seiner Zeit sine interdictis genau so verfahren, wie wenn eine utilis actio ex causa interdicti ertheilt worden wäre; [19]) an Stelle der Interdicte waren damals actiones extraordinariae zuständig; [20]) und in Beziehung auf diejenigen Voraussetzungen dieser Klagen, welche früher für den Augenblick des interdictum redditum erfordert worden waren, entschied nunmehr, wie es bei allen übrigen Klagen der Fall war, der Augenblick der Litiscontestation. [20a])

§. 4a J. de interd. 4, 15: — Uti possidetis interdicto is vincebat, qui *interdicti tempore* possidebat, si modo nec vi nec clam nec precario nanctus fuerat ab adversario possessionem — Utrubi vero interdicto is vincebat, qui maiore parte eius anni nec vi nec clam nec precario ab adversario possidebat. [20b]) hodie

16) S. oben S. 406.
17) S. oben S. 406.
18) S. O. E. Hartmann röm. Gerichtsverfassung S. 363.
19) §. 8 J. de interd. 4, 15 cit. (s. oben S. 408).
20) Rubr. D. 43, 1.
20a) Schmidt Interdictenverfahren S. 337 unter 5.
20b) Gai. IV, 150.

tamen aliter observatur: nam utriusque interdicti potestas, quantum ad possessionem pertinet, exaequata est, ut ille vincat et in re soli et in re mobili, qui possessionem nec vi nec clam nec precario ***litis contestationis tempore*** detinet.

Der Erlaß eines Interdictes fand also damals zweifellos nicht mehr statt. Liegt nun Grund zu der Vermuthung vor, daß dies erst eine späte letzte Folge vom Untergange des Interdictenverfahrens bilde, daß dagegen auch „im extraordinären Proceß" das Interdict bis in das fünfte Jahrhundert hinein noch regelmäßig impetrirt und erlassen worden sei? und zwar „mit den früher daran geknüpften Wirkungen der Litiscontestation,[21]) vielleicht selbst verstärkt durch die Pönalsponsion, welche von dem schließlich Unterliegenden gezahlt werden mußte?" [22])

Für das letzte Stück jener Vermuthung, die Fortdauer der Sponsion, hat ihr Vertreter, v. Bethmann-Hollweg, einen Beweis nicht einmal versucht. Nach den Ausführungen der vorigen Ziffer werden wir dieselbe entschieden verwerfen müssen. Der förmliche Erlaß eines Interdictes dagegen erscheint zwar vollkommen zwecklos, sobald derselbe nicht mehr die Voraussetzung für ein eigenthümliches Verfahren bildet; allein er würde doch außer der verdrießlichen Umständlichkeit einer jeden leeren Form keine geradezu nachtheilige Folge hervorgerufen haben. Auch die Beibehaltung der Wirkungen der Litiscontestation für diese Förmlichkeit, obwohl sachlich gewiß nicht geboten, ließe sich immerhin erträglich nennen. Unter allen Umständen jedoch dürften die Beweise für ein derartiges, lediglich durch die vis inertiae erklärbares, Fortbestehen des Interdictenerlasses streng zu prüfen sein.

21) Vgl. oben §. 1838 Ziffer 88.
22) So v. Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 346 f.

Nicht glücklich erscheint nun zuvörderst der Hinweis darauf, daß auch die actionis impetratio nach Untergang des ordo iudiciorum noch bis zum Jahre 428 „als leere Förmlichkeit" fortbestanden habe. Wir wissen allerdings, daß im genannten Jahre Theodosius 2. die impetratio actionis mittels Beseitigung der exceptio non impetratae actionis unnöthig gemacht hat;[23]) allein es bleibt durchaus fraglich, ob diese impetratio actionis bei iudicia extraordinaria eine leere Form gewesen sei. Vielmehr möchte sich das Gegentheil auch von derjenigen Auffassung der exceptio non impetratae actionis aus rechtfertigen lassen, welche, wenn ich nicht irre, v. Bethmann-Hollweg selbst,[24]) zweifellos aber Kipp[25]) vertritt. Diese Auffassung bestreitet die Möglichkeit des Daseins jener exceptio im Formularverfahren aus dem Grunde, weil hier die actio

23) L. 1 Cod. Theod. de omissa act. impetr. 2, 3 = l. 2 Cod. Just. de formul. et impetr. act. subl. 2, 57 (58): Nulli prorsus non impetratae actionis in maiore vel minore iudicio agenti opponatur exceptio, si aptam rei et proposito negotio competentem eam esse constiterit.

24) A. a. O. S. 248 N. 31.

25) Die Litisdenuntiation S. 190 f. Nach Wieding der justinianische Libellproceß S. 142 hätte schon Jacobus Gothofredus zu l. 1 Cod. Theod. de omissa actionis impetr. 2, 3 diese Ansicht aufgestellt; der genannte Gelehrte nimmt aber vielmehr an, daß bis zu l. 1 cit. wenigstens in iudicio maiore, d. h. nach ihm vor dem praefectus praetorio, den Proconsuln, den vicarii und allen vice sacra urtheilenden illustres und spectabiles, die Ertheilung der Formeln fortbestanden habe, und die Beziehung der l. 1 Cod. Just. de form. et imp. act. subl. 2, 57 (58) v. J. 342 auf die Abschaffung der Klagformeln erst durch Justinians Compilation veranlaßt worden sei.

gerade nur durch Ertheilung der formula impetrirt worden sei, es folglich widersinnig gewesen sein würde, in eben die nämliche Formel, deren Ertheilung die impetratio actionis enthielt, eine exceptio einzurücken, welche das Unterbleiben dieser impetratio behauptete.[26]) Hiernach läßt sich das

26) Die Ansicht O. E. Hartmanns röm. Gerichtsverfassung S. 442 und 466 f. trifft dies nicht: sie versteht unter dem in der exceptio non impetratae actionis gemeinten impetrare keineswegs die endgültige Ertheilung der formula im Litiscontestationstermine, sondern „die auf einseitige postulatio des Klägers vom Magistrate ertheilte Erklärung, es stehe hinsichtlich der Proceßvoraussetzungen der demnächstigen, definitiven, Ertheilung der erbetenen formula actionis nichts entgegen.“ Diese vorläufige impetratio actionis sollte verhüten, daß es noch im Litiscontestationstermine zu zeitraubenden Erörterungen über die Fassung der begehrten formula pura komme. War sie nicht verfolgt, so denegirte aus diesem Grunde im Litiscontestationstermine keineswegs der Magistrat von Amtswegen die nunmehr begehrte Formel; wohl jedoch hatte der Beklagte die Befugniß, jener Unterlassung halber die exceptio non impetratae actionis vorzuschützen. Diese hätte recht füglich in die Formel eingerückt und somit der Prüfung des iudex privatus unterworfen werden können; indessen wird sie, vielleicht von höchst vereinzelten Ausnahmsfällen abgesehen, nöthigenfalls aus den Journalen des Prätors sofort liquid zu stellen gewesen sein, und deshalb ihre Vorschützung zur denegatio actionis geführt haben. Dies scheint Kipp a. a. O. S. 190 f. N. 14 nicht scharf genug aufgefaßt zu haben, vielleicht, weil er übersehen hat, daß die Ausführung sich nur auf iudicia ordinaria im Hartmannschen Sinne bezieht, d. h. auf solche, in denen die Litiscontestation nur im rerum actus erfolgt, nachdem die übrigen Verhandlungen in iure mehr oder minder lange Zeit vorher zum Abschlusse gelangt sind. — Die Hartmannsche Auffassung der exceptio von impetratae actionis dürfte

Bestehen der fraglichen exceptio im Verfahren ohne Formeln schlechterdings nicht durch ein Herübernehmen aus dem Formularverfahren erklären: dieselbe kann alsdann überhaupt erst für das Verfahren ohne Formeln entstanden sein. Und das würde doch kaum ohne praktischen Zweck geschehen sein. Als solcher darf es zwar schwerlich gelten, in allen Processen eine ausdrückliche Verfügung des Richters über die Zulässigkeit der Klage zu sichern.[27]) Würde doch eine derartige Verfügung überall da, wo der Jurisdictionsmagistrat selbst das Endurtheil sprach, mindestens für den Fall eine völlig überflüssige Weitläufigkeit gewesen sein,

mit einer kleinen Abänderung eine wesentliche Stütze gewinnen an Wlassaks Ansicht über die Litiscontestation im Formularprocesse, nach welcher die Gewährung bezw. Genehmigung der Klagformel seitens des Magistrates der Litiscontestation, d. h. dem endgültigen edere der Formel seitens des Klägers an den Beklagten und deren Annahme seitens des Letztern (dem accipere iudicium = formulam), voranging. Wlassak die Litiscontestation im Formularproceß S. 32 (Festschrift für Windscheid S. 84). Wir hätten danach eben dieses, der Litiscontestation vorangehende, Genehmigen der Formel als die impetratio actionis aufzufassen (und zwar als einzige); und sein Unterbleiben wäre es, was der Beklagte, wenn er die ihm vom Kläger edirte, jedoch nicht impetrirte, Formel acceptirte, mittels unserer exceptio rügte. Uebrigens möchte es sich auch mit dieser Ansicht vereinigen lassen, daß der Magistrat post acceptum iudicium nochmals seine Hand an die formula gelegt habe; ja, der Umstand, daß die erst nach der Litiscontestation erfolgende Bestellung des iudex privatus, deren bekannte imperativische Erwähnung in der Formel doch nicht füglich von den Parteien ausgehen konnte, dürfte diese Annahme geradezu unerläßlich machen.

27) v. Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 248 N. 30. Kipp a. a. O. S. 191.

wenn dieselbe der Klage stattgab, während sie im umgekehrten Falle die endgültige Entscheidung des Rechtsstreites kaum beschleunigt hätte. Ganz anders dagegen, wenn der Magistrat nur da ausdrücklich über die formelle Zulässigkeit der Klage zu befinden hatte, wo er bei deren Anerkennung die Sache an einen iudex pedaneus abgeben wollte. Wofern dies geschah, wurde dann immer noch in alter Weise der gesammte Inhalt des Verfahrens in iure vor dem Magistrate verhandelt, mit alleiniger Ausnahme der Litiscontestation, welche sich nunmehr durch formloses Bestreiten des Klaganspruchs seitens des Beklagten vor dem iudex delegatus vollzog. Wollte man nun wirklich in dieser Weise die Function des Jurisdictionsmagistrates von derjenigen des delegirten Richters gesondert halten, so blieb bei der Formlosigkeit der Beauftragung des Richters, durch welche der Magistrat nicht mehr, wie ehedem durch die conceptio formulae, bekundete, daß er das Dasein der Proceßvoraussetzungen anerkenne, kaum ein andres Mittel übrig, als eine proceßhindernde Einrede, welche die Sachentscheidung des iudex pedaneus von vornherein abschnitt, falls der Magistrat eine Erklärung des bezeichneten Inhalts nicht abgegeben hatte. So aufgefaßt aber war diese Erklärung selbst, eben die neue impetratio actionis, gewiß nichts weniger als eine leere Förmlichkeit; und danach hat auch das Gesetz, welches dieselbe abschaffte, eine sachlich nicht geringe Bedeutung: mit ihm erst ist alsdann die Entscheidung über das Dasein der Proceßvoraussetzungen vom Magistrate auf den iudex delegatus übergegangen. [28])

28) Es leuchtet wohl ohne weiteres ein, daß die Hartmannsche Auffassung der exceptio non impetratae actionis für den Formularproceß sich mit der Darstellung des Textes von dieser Einrede für das Verfahren ohne Formel vor dem iudex delegatus auf das Beste vereinbart.

Auf die Fortdauer jedoch des Interdictenerlasses als einer wesentlichen Form gestattet die Fortdauer der impetratio actionis in dieser Auffassung sicherlich keinen Schluß. [29])

Noch weniger beweiset für die Fortdauer desselben l. 1 Cod. Theod. unde vi 4, 22 = l. 1 Cod. Just. si per vim 8, 5. [30]) Bei der hier erwähnten reformatio

Uebrigens soll darauf noch ausdrücklich hingewiesen sein, daß die obige Darlegung einen wohl nicht ganz unerheblichen Beweisgrund für die ursprüngliche Wesensgleichheit der Function des iudex privatus im Formularprocesse und derjenigen des iudex datus oder pedaneus oder delegatus der iudicia extraordinaria enthält. Vgl. die Beilage zu N. 1a.

29) Etwas ganz Anderes, als v. Bethmann-Hollweg, meint in der That Schmidt a. a. O. S. 336 mit den Worten: „Nichts ist natürlicher als die Annahme, daß diese impetratio actionis, so lange sie überhaupt eine Nothwendigkeit war, auch für die Auswirkung einer, auf eine Interdictsstelle gegründeten Klage gegolten habe.“ Das ist unbestreitbar richtig; aber diese impetratio actionis ex causa interdicti ist eben auch nicht das alte reddere interdictum.

30) L. 1 Cod. Theod. cit. (Imp. Constantin. A. Severo): Judices absentium, qui cuiuslibet rei possessione privati sunt, suscipiant in iure personam, et auctoritatis suae formidabile ministerium obiiciant, atque ita tueantur absentes. Hos tamen iudices, quos absentium iussimus subire personam, intra hos terminos ministerii retinemus, ut illibatis atque omnibus integris causae principalis internis, id solum diligenter inquirant, utrum eius, quolibet pacto, qui peregrinatur, possessio ablata est, quam propinquus vel amicus vel servulus quolibet titulo retinebat. Nec hos, qui deiecti sunt, absentium nomine possidentes, quia minime ipsis dictio causae mandata sit, ab experiunda re secludant, nec si servi sint, eorum reiiciant in iure personas, quia huiuscomodi condicionis hominibus causas

status handelt es sich keineswegs, wie v. Bethmann-Hollweg[31]) annimmt, um die bloße impetratio interdicti durch die Freunde oder die Leute des abwesenden Dejectus zwecks Unterbrechung der Verjährung des remedium recuperandae possessionis,[32]) so daß die gesammte weitere Verhandlung diesem vorbehalten bliebe. Vielmehr sollen die Richter nach vorgängiger Feststellung der Thatsache, daß dem Abwesenden der durch einen Detentor geübte Besitz widerrechtlich entzogen worden ist, jenem Detentor den Besitz zurückstellen, wie wenn der dejicirte Besitzer

orare fas non sit; sed post elapsa quoque spatia recuperandae possessionis legibus praestituta litigium eis inferentibus largiri conveniet, ut eos momentariae perinde possessioni restituant, ac si reversus dominus litigasset. Cui tamen, quolibet tempore reverso, actionem recuperandae possessionis indulsimus, quia fieri potest, ut restitutio propter servulos infideles vel negligentes propinquos vel amicos et colonos interea differatur. Absenti enim officere non debet tempus emensum, quod recuperandae possessioni legibus praestitum est, sed reformato statu, qui per iniuriam sublatus est, omnia, quae supererunt, ad disceptationem litigii immutilata permaneant; iudicio reservato iustis legitimisque personis, cum valde sufficiat, possessionem tenentibus absentium nomine contra praesentium violentiam subveniri. Dat. X. Kal. Nov. Mediolano Constantino A. VII. et Constantio Caes. Coss. (326).

31) A. a. O. S. 346 f. N. 20.

32) Die bloße Unterbrechung der Klagverjährung bildet vielmehr so wenig den Zweck des in l. 1 cit. verordneten Verfahrens, daß es sowohl jenen Detentoren gestattet wird, post elapsa quoque spatia recuperandae possessionis litigium inferre, als auch dem dominus quolibet tempore reversus das tempus emensum, quod recuperandae possessioni legibus praestitutum est, nicht schaden soll.

selbst processirt hätte (inquirant — utrum eius, — qui peregrinatur, possessio ablata est, quam propinquus vel amicus vel servulus — retinebat. — ut eos momentariae possessioni restituant, ac si reversus dominus litigasset). Nur die Eigenthümlichkeit findet statt, daß dem dejicirten Besitzer eine ungenügende Wahrnehmung seiner Ansprüche nicht schaden soll. [33])

Gänzlich beweisuntüchtig ist ferner l. 9 Cod. Theod. de infirmandis his, quae sub tyrannis. 15, 14. Dieses Edict der Kaiser Arcadius und Honorius v. J. 395 zählt in ebenso planloser Reihenfolge als Auswahl eine Menge einzelner Rechtshandlungen auf, welche gültig bleiben sollen, wiewohl dieselben unter der Herrschaft Unberechtigter vorgenommen worden sind. Den in jener Aufzählung vorkommenden Satz: interdicti beneficia tempora infausta non mutilent — bezieht nun v. Bethmann-Hollweg auf „das gerichtlich impetrirte Interdict" in dem von ihm behaupteten Sinne. Da die Worte selbst keine Spur von impetrare und reddere interdictum enthalten, so wird die fragliche Beziehung nur dann begreiflich, wenn wir annehmen, daß v. Bethmann-Hollweg sich für befugt gehalten hat, aus anderen Redewendungen des Gesetzes den Ausdruck „impetrata" oder dergl. zu interdicti beneficia zu ergänzen. Als solche dürften in Betracht kommen: 1) doli ac vis et metus inchoata actio in tempus

33) Kipp a. a. O. S. 211 N. 53 hat auch die Berufung auf l. 1 Cod. Th. cit. fallen lassen. — Nicht ganz genau bezeichnet O. E. Hartmann röm. Gerichtsverfassung S. 539 f. N. 2 den Inhalt der Stelle, vermuthlich befangen durch die Worte: Hos tamen iudices — intra hos terminos ministerii retinemus, ut, illibatis atque omnibus integris causae principalis internis, id solum diligenter inquirant, utrum eius, — qui peregrinatur, possessio ablata est. Vgl. dazu unten N. 40a.

legitimum perseveret; — 2) valeat in integrum restitutionis petitum auxilium; — 3) postulata inofficiosi actio et 4) immodicarum donationum rescissio petita servetur. Es leuchtet ohne weiteres ein, daß, während zu 1) die Klagerhebung als Mittel einer wirksam bleibenden Unterbrechung der Klagverjährung genannt wird, zu den übrigen Nummern die Erbittung der dort aufgeführten Rechtsbehelfe aus dem Grunde betont worden ist, weil nicht sowohl die Gültigkeit der Entscheidungen zweifelhaft sein konnte, welche unter der Herrschaft von Usurpatoren durch die bereits vorher ordnungsmäßig angegangenen Gerichte gefällt worden waren, als vielmehr die Gültigkeit solcher Processe, welche unter jener unberechtigten Herrschaft überhaupt erst begonnen hatten. Insofern ist es allerdings nicht nur erlaubt, sondern geradezu geboten, auch zu der Erwähnung des Interdictenverfahrens, wie nicht minder zu derjenigen der vindicatio (v.: valeat vindicatio), an Klagen zu denken, welche erst zur Zeit der Usurpatoren anhängig gemacht worden waren.[33a]) Allein gerade für den Punct, auf welchen es bei der gegenwärtigen Untersuchung ausschließlich ankommt, nämlich für die Form, in welcher eine actio ex causa interdicti am Ende des vierten Jahrhunderts eingeleitet wurde, läßt sich aus l. 9 cit. schlechterdings nichts entnehmen.[34])

Endlich bleibt die letzte der Beweisstellen v. Bethmann-Hollwegs zu prüfen, auf welche er selbst das meiste Gewicht legt: Symmachus relatio 28. (epistolae

33a) Insofern gegenüber der vindicatio unter dem interdictum vorzugsweis an die Besitzschutzmittel gedacht wird, konnte O. E. Hartmann a. a. O. S. 539 N. 72 sagen, l. 9 cit. spreche vom possessorium im Gegensatze zum petitorium.

34) Kipp a. a. O. hat auch ihre Erwähnung fallen lassen.

X, 41, nach andrer Zählung X, 48) v. J. 384. Dieselbe lautet: [35])

Quid possint iusti principes culpare, praesentio . in causis etenim, quibus momenti reformatio postulatur, appellationes recipi non oportet . sed consulto nunc obiectum provocationis admisi, ut in examen clementiae vestrae et invasionis indignitas et modus iudicii veniret, domini imperatores. Nam Scirtius, vir perfectissimus, sibi partem Caesarianae massae [36]) crebra aditione conquestus, cum integrationem status, quem amiserat, inpetrasset, heredes Thesei, qui reluctarentur, obiecti sunt . tunc [36a]) vero Artemisius Olybrii clarissimi atque illustris viri actor executori, [36b]) ut ipse professus est, obviavit. §. 2. Et cum ad pernoscendum possessionis statum loci habitatores adesse iussissem, in iniuriam legum Rufino officiali iussa curanti qui deducebantur abrepti sunt . gesta indicabunt facti incivilis auctores . interea distuli vindictam iudiciorum et rursus officio negotium dedi, ut necessarios evocaret. §. 3. Tunc cessantibus actoribus

35) Nach G. Meyer, Q. Aurelii Symmachi relationes Lips. 1872 p. 39 sqq. Die Ausgabe von O. Seeck, Q. Aurelii Symmachi quae supersunt (in Monumenta Germaniae historica. Auctor. antiqu. tomi VI. p. prior.) Berol. 1883. 4⁰. p. 302 sq. ist wegen ihrer willkürlichen und ohne die erforderliche Rechtskenntniß (s. unten N. 40 und 44) gemachten Conjecturen zu unsrer Stelle ganz unbrauchbar.

36) D. h. im Latein jener Zeit ein Ganzes von Grundstücken.

36a) Der codex Monacensis saec. XI (T) lieset: duro vero, der codex Mettensis saec. XI (M): ruro vero, die Ausgabe von Siegismund Galen Basel 1549 (*Γ*): tum vero.

36b) Exequuturi (M), exequutiri (T), executori (*Γ*).

clarissimae domus ceterisque subtractis ad contradicendum Thesei surrogantur heredes, uno tantum exhibito, qui se assereret libertum esse defuncti . is interrogatus, quo abissent incolae praediorum, delituisse nonnullos, Scirtii vero mancipia ad urbanam villam, quae est clarissimi et illustris viri Olybrii, translata respondit. cetera ut a liberto Thesei dicta praetereo, licet in eum praescriptio ista[37]) non competat, cum a patre minorum beneficium libertatis acceperit. §. 4. His ita positis Praenestini curiales, quorum in regione Caesariana possessio iacet, missis apparitoribus exhibentur . tunc demum v. c. et spectabilis Olybrii procurator emergit . adest etiam defensor minorum tandem cogentibus iudiciis postulatus. Scirtio adversum duos pugna proponitur, quamvis patrocinia clarissimae domus et successorum Thesei quadam specie dissiderent. §. 5. Itur in quaestionem possessionis; quae partium variis agitata conflictibus ad interrogationem testium iure transivit . admoveri singillatim, ut mos est, iubeo curiales . nominum et dignitatis ab unoquoque posco responsa . tunc locorum iustos possessores requiro . dehinc percontor, quis annuas functiones aut indicta solverit .

37) Der Einwand nämlich, der Freigelassene werde, selbst wenn er es wollte, nicht zum Zeugniß gegen seinen Freilasser zugelassen. Paul. V, 15, 3. Nur für die Anklage ex lege Julia de vi publica et privata war dies auch hinsichtlich des von den Eltern des Angeklagten Freigelassenen vorgeschrieben. Coll. IX, 2, 2. Diese Anklage aber lag hier nicht vor. Ob l. 2 Cod. Th. de libert. 4, 10 und l. 4 Cod. Th. ne praeter crim. maiest. 9, 6 v. J. 423 die Vorschrift der lex Julia verallgemeinert haben, wie v. Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 368 N. 39 annimmt, dürfte immerhin fraglich bleiben.

cum secundum Scirtium testimonia cuncta procederent, atque eam possessionem cum Theseo tenuisse constaret, quando aut per quos deiectus esset, examino . secundum fere vel tertium mensem manare consentiunt, ut eum clarissimae atque illustris domus homines expulerent. §. 6. Auditis optimatium testimoniis denuo cum defensoribus admitto iurgantes . quaesita et responsa intimantur . ibi Tarpeius v. c. procurator illustris viri Olybrii asseruit, ei sex uncias praediorum Thesei morte quaesitas . contra Scirtius de sex unciis, quas minores etiam se consentiente retinebant, non ibat infitias nec sua interesse dicebat, actores clarissimae domus an heredes Thesei eadem parte fruerentur. §. 7. Tunc actionibus copulatis Scirtium urgere coeperunt, quod secundum mandatum clarissimae memoriae feminae Farianae sex uncias Theseo per epistolam reddidisset, sex vero alias in eius liberos contulisset spontanea largitate . ad haec Scirtius idem litteris familiaribus quod donationibus in Theseum vel parvulos transfusum esse dicebat ipsius petitu, ut actorum fides beneficium roboraret . et re vera cum posteriora gesta pro indiviso sex uncias massae in eos conlatas esse testentur, intelleximus partem donatoris exceptam . cur enim pro indiviso daret, si nihil resederat, quod ipse retineret? §. 8. Sed haec cum ad proprietatis causam dicerem pertinere, recitata est a defensoribus constitutio, quae iudicibus tribuit copiam, non imponit necessitatem, ut, quotiens de possessione successionis iudicant, continuo, si casus tulerit, etiam de iure cognoscant . qua actione confessi sunt, ad aliam se causam malle transire . praeterea non solus Scirtius proprietatis quaestione videbatur urgendus, cum ipsi quoque inter se super hac parte quodam-

modo dissiderent. §. 9. Quare de possessione secundum documenta Scirtii et principalium testimonia iudicavi: adversariis eius sex unciarum retentione et iure firmatis. principalem vero causam salvis actionibus partium futuro examini reservavi. §. 10. Et mox sententiae exemplar emisi, cum eius editionem procurator spectabilis viri continuo postulasset. Tunc Scirtius optulit sanctiones, quibus doceret, in reformatione momenti nullum esse appellationibus locum. postridie procurator clarissimi et illustris viri ac defensor minorum, qui putabantur in iudicio discrepare, concordiam suam iunctis provocationibus indicarunt. §. 11. Haec est omnis summa luctaminis. nunc oraculum numinis vestri fortuna litis expectat. gesta et supplementa partis utriusque subieci: quibus instructa perennitas vestra exemplo unius causae securitati omnium dignabitur commodare.

v. Bethmann-Hollweg geht in seiner ausführlichen Erörterung [38]) des hier vom praefectus urbi Symmachus berichteten Rechtshandels davon aus, daß ein Civilproceß in Frage stehe. Demgemäß versteht er die Worte: Scirtius — cum integrationem status, quem amiserat, inpetrasset — von Erwirkung des Mandates auf Wiedereinsetzung in den verlorenen Besitz, was ihm gleichbedeutend ist mit Impetration des interdictum Unde vi. [39]) Er kann dabei nicht verkennen, daß zu dieser vermeintlichen Impetration des Interdictes, die, der Form wegen auch jetzt noch stattfindend, nur zur Einleitung des Processes gedient habe, die Gegenwart des Beklagten nicht mehr nothwendig war. Würde sie aber einerseits schon damit ihre ursprüngliche Bedeutung wesentlich geändert haben, so bleibt es ander-

38) A. a. O. Anhang II S. 363—372.
39) S. 367 zu N. 36 und N. 36. S. 346 N. 20.

seits unverständlich, wie sie zur Einleitung des Verfahrens dienen konnte. Ein mündlicher Erlaß wäre in Abwesenheit dessen, an den er gerichtet wurde, geradezu abgeschmackt gewesen. Ein schriftliches Mandat aber hätte einen genau bezeichneten Adressaten vorausgesetzt. Nun sind, als die Impetration des Scirtius erfolgt war (cum — inpetrasset), die minderjährigen Erben des Theseus als Widersacher gegenübergestellt worden: das Mandat hätte also nicht wohl an eine andre Person, als an diese Erben oder vielmehr an deren Vormund gerichtet werden können. Wenn dies jedoch geschehen wäre, so hätte es ohne Einfluß auf den Gang des Verfahrens zwischen Scirtius und dem Vormunde bleiben müssen, daß dem Executor der Actor des Olybrius entgegentrat.[40]) Uebrigens sagen die Worte: cum — inpetrasset — heredes Thesei qui reluctaren-

40) Seeck conjecturirt hier: heredes Thesei — obiecti sunt; dum revera Artemisius — executuro — obviavit. Allein das obviare des Artemisius erfolgt erst, nachdem die Erben des Theseus schon lange als Gegner des Scirtius vorgeschoben waren: das „dum“ ist also ganz ungeeignet, das zeitliche Verhältniß beider Thatsachen zu bezeichnen; auch bilden beide durchaus keinen logischen Gegensatz, wie das „revera“ ihn ausdrücken würde, denn das „obiecti sunt“ ist nicht minder wahr, als das „obviavit“. Bei der zweiten Conjectur aber berücksichtigt Seeck nicht, daß jede Execution eine Verurtheilung voraussetzt, eine solche jedoch hier zweifellos noch nicht stattgefunden hat. Executor dagegen bezeichnet keineswegs einen ausschließlich mit der Zwangsvollstreckung betrauten Unterbeamten des Gerichtes, sondern überhaupt den Gerichtsunterbeamten, sofern er ein vom Gerichte ihm aufgetragenes Geschäft, z. B. die Ladung, besorgt. v. Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 157 zu N. 172. Vgl. übrigens Baron der Denuntiationsproceß S. 163 ff., der diese Stelle jedoch nicht berücksichtigt.

tur obiecti sunt — m. E. ganz deutlich, daß jenes Vorschieben der Erben erst dann geschah, nachdem die Impetration stattgefunden hatte. Demnach war es völlig ausgeschlossen, das vermeintliche impetrirte Mandat an deren Vormund zu richten. Und in der That ergiebt sich aus dem Verlaufe der Darstellung, daß dem Vormunde eine amtliche Zustellung wenigstens damals nicht gemacht worden ist: derselbe erscheint erst viel später (§. 4). An ein Mandat im fraglichen Sinne (mandatum cum clausula) ist hier also gar nicht zu denken.

Allein der Rechtshandel ist in Wahrheit gar kein Civilproceß, vielmehr eine reine Polizeiangelegenheit.[40a]) Nur damit vereinbart sich zunächst die Thatsache, daß das Einschreiten des Symmachus erst crebra aditione des Scirtius veranlaßt wurde:[40b]) auf ein formell begründetes Gesuch im Civilverfahren hätte er sofort verfügen müssen. Sodann gehört es zum Wesen einer Civilklage, daß dieselbe wider eine bestimmte Person gerichtet wird: in unserm Falle haben wir das Gegentheil gefunden. Der Hergang läßt sich nur etwa in folgender Weise verstehen. Nachdem Scirtius durch mehrfach wiederholte Beschwerde über die

40a) Es sei hier darauf hingewiesen, daß l. 1 Cod. Theod. unde vi 4, 22 (= l. 1 Cod. Inst. si per vim 8, 5) von Constantin 326 (s. oben S. 423 f. N. 30) für den Fall der Besitzentsetzung eines Abwesenden ein Einschreiten der Richter von Amtswegen vorschreibt, welches sich nur als polizeiliches bezeichnen läßt. Ein ähnliches Verfahren nimmt Schmidt a. a. O. S. 343 an in l. 2 i. f. Cod. Theod. unde vi v. J. 381 (s. unten Ziffer 125 N. 69).

40b) Auch abgesehen von der im Texte folgenden Ausführung halte ich es für ausgeschlossen, mit Wieding, der justinianische Libellproceß S. 278, in den Worten „crebra aditione conquestus“ den Hinweis auf eine mehrmalige Ladung des Gegners, darunter wohl auch Privatladungen, zu finden.

ihm zugefügte Besitzentsetzung, deren Urheber er vermuthlich selbst nicht mit Sicherheit anzugeben vermochte, den praefectus urbi zum Einschreiten zwecks Wiederherstellung des ihm entrissenen Besitzstandes veranlaßt hat, betraut dieser einen Unterbeamten mit Ermittelung des Thatbestandes, sowie eventuell mit der Wiedereinsetzung des Scirtius in den Besitz. Jener Unterbeamte findet an Ort und Stelle zuerst die Erben des Theseus vor, welche sich als rechtmäßige Besitzer des Grundstücks geberden. Erst darauf, vielleicht bei einem zweiten oder spätern Erscheinen jenes Executor auf dem Grundstücke, stellt sich ihm in ähnlicher Weise der Actor des Olybrius entgegen. Weiset dies alles auf ein Vorgehen von Amtswegen hin, wie ein solches gegenüber einer vis nur im Polizeiverfahren vorkommen konnte, [40c]) so zeigt sich das gleiche Wesen besonders deutlich in der Aufnahme des Beweises durch Zeugen. Symmachus ordnet an, daß ad pernoscendum possessionis statum die Ortsbewohner vor ihm erscheinen; zwecks Befolgung dieses Befehles will der Official Rufinus dieselben vorführen, als sie ihm entrissen werden. Zu einem Civilverfahren stimmt das schlechterdings nicht. In einem solchen ist es Sache der beweisführenden Partei, ihre Zeugen vorzustellen; und bis auf Justinian hing es vom Belieben der Zeugen ab, ob sie Zeugniß ablegen und zu diesem Zwecke vor Gericht erscheinen wollten. [41]) Auch findet das Beweisverfahren niemals vor der Litiscontestation statt: „von den in der Litiscontestation zusammengefaßten einander entgegenstehenden Behauptungen der Parteien, in ihre Bestandtheile zerlegt, wird nach den Regeln über die Beweis-

40c) Das crimen vis war ein crimen publicum; bei einem solchen fand eine inquisitorische Officialverfolgung nicht statt.

41) L. 16 pr. (rest.) Cod. de testib. 4, 20.

last durch Interlocute in entsprechender Reihenfolge zunächst dem Einen und dann dem Andern zu beweisen aufgegeben, was ihm zu beweisen obliegt." [42]) Von der Litiscontestation aber war man im geschilderten Augenblicke unter allen Umständen noch weit entfernt: erst geraume Zeit später (tunc demum §. 4) treten proceßfähige Gegner des Scirtius auf. Nach jenem vereitelten Versuche einer Beweisaufnahme beauftragt Symmachus abermals sein Unterpersonal, Zeugen herbeizuholen. Jetzt kommen die Actoren des Olybrius nicht zum Vorscheine; die übrigen Leute sind beiseite gebracht; an Stelle jener Actores werden die minderjährigen Erben des Theseus als Widersacher vorgeschoben. Als einzige Auskunftsperson wird den Beamten ein angeblicher Freigelassener des Theseus vorgeführt. Derselbe bestätigt auf Befragen das Verstecthalten der Gutsbewohner und das Hinüberschaffen der Sclaven des Scirtius nach dem Stadthause des Olybrius. Es ist nicht ersichtlich, ob das Verhör dieses Zeugen vor den Officialen stattgefunden habe, oder, wie wohl wahrscheinlicher, vor dem Symmachus selbst; in jedem Falle aber ist dasselbe von Amtswegen erfolgt. Ebenso zweifellos ist es, daß die vergeblich gesuchten weiteren Zeugen nicht von Scirtius vorgeschlagen waren: sie sollten von Amtswegen vernommen werden. — Darauf verfügt Symmachus die Vorführung der Curialen der benachbarten Stadt Präneste durch abgesandte Apparitoren. Von einem hierauf gerichteten Antrage des Scirtius wird nichts erwähnt; [43]) in der That wäre ein solcher Antrag nach Lage der Sache, wie oben ausgeführt, als civilprocessualische Handlung ganz undenkbar und höchstens als unmaßgebliche Bitte im Polizeiverfahren möglich. Nunmehr

42) v. Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 273.
43) Dies erkennt auch v. Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 277 an.

erst taucht der Procurator des Olybrius auf, und es erscheint der Vormund der minderjährigen Erben des Theseus, endlich durch die bevorstehenden Entscheidungen hervorzutreten veranlaßt (tandem cogendibus iudiciis postulatus). [44]) Da nämlich die wiederholten ungesetzlichen Bemühungen der Gegner des Scirtius, die von Symmachus verfügte Untersuchung zu vereiteln, erfolglos bleiben, es mithin zur Feststellung des Sachverhalts und zur Entscheidung kommen muß, welche sich gegen den Olybrius sowohl als gegen die Erben des Theseus zu wenden droht (cogentibus iudiciis), so steht denselben nur noch der Ausweg offen, ihrerseits privatrechtliche Ansprüche geltend zu machen, welche ihr Vorgehen gegen den Scirtius gerechtfertigt erscheinen lassen. Zunächst erheben der Procurator des Olybrius und der Vormund der genannten Erben, obwohl sie hinsichtlich der Art und Weise, wie sie unter einander den Besitz theilen, nicht übereinstimmen, zusammen Besitzansprüche wegen des streitigen Grundstücks. Ueber diese Frage wird hin und her verhandelt; nichtsdestoweniger bleibt das Verfahren

44) Judicium im Sinne von Endurtheil s. z. B. Interpretatio ad l. 2 Cod. Theod. unde vi 4, 22 (v.: qui, iudicis ordinatione suppressa, iudicium se habere dicens) vbd. mit l. 2 cit. (v.: qui, iudicis interlocutione suppressa, sub specie iudicati etc.) — Sachlich ganz willkürlich und sprachlich ganz unzulässig übersetzt v. Bethmann-Hollweg S. 368: „nach vielen gerichtlichen Aufforderungen.“ Seeck aber reißt zuwider allen Handschriften die Worte: tandem — postulatus aus der Beziehung zum defensor minorum und stellt dieselben hinter: Olybrii procurator emergit, indem er iudiciis ändert in: indiciis. Darf einem Philologen kein Vorwurf daraus erwachsen, daß ihm das immerhin schwierige Verständniß der Rechtslage fehlt, so ist es doch gewiß nicht zu billigen, daß er durch derartig naive Willkür sich und Andre darüber hinwegzutäuschen sucht.

Polizeiverfahren, verwandelt sich nicht etwa infolge der dem Privatrechte entlehnten Vertheidigung in einen Civilproceß. Darüber kann das nunmehr stattfindende Zeugenverhör gar keinen Zweifel lassen. Die von Amtswegen herbeigeholten Curialen von Präneste werden von Symmachus über die Besitzfrage vernommen, ohne daß eine Partei dieselben etwa noch jetzt als Zeugen vorgeschlagen hätte, ja, sogar in Abwesenheit, oder noch genauer: mit Ausschließung der Anwesenheit der Parteien.[45]) Die den wieder vorgelassenen Parteien kundgegebenen Zeugenaussagen überzeugen die Gegner des Scirtius, daß sie mit der Berufung auf ihren Besitz eine ihnen nachtheilige Entscheidung nicht abzuwenden vermögen: sie greifen jetzt zu Eigenthumsansprüchen (actionibus copulatis Scirtium urgere coeperunt §. 7). Die Zulässigkeit dieser Vertheidigung stützen sie auf eine Constitution, quae iudicibus tribuit copiam, non imponit necessitatem, ut quotiens de possessione successionis iudicant, continuo, si casus tulerit, etiam de iure cog-

45) v. Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 277 f. N. 36 räumt ein, daß die Worte: Auditis optimatum testimoniis denuo defensores admitto iurgantes — diese Deutung zulassen, glaubt jedoch dieselbe wegen der Thatsache ablehnen zu dürfen, daß im justinianischen Rechte die Gegenwart der Parteien oder ihrer Vertreter beim Zeugenverhör feststeht, und will danach jene Worte nur von der Unterbrechung der Parteiverhandlung während des Zeugenverhöres verstehen. Er übersieht dabei jedoch die folgenden Worte: quaesita et responsa partibus intimantur. Wären die Parteien beim Verhör der Zeugen zugegen gewesen, so wäre eine Bekanntmachung der an Letztere gestellten Anfragen und der von ihnen gegebenen Aussagen gänzlich überflüssig gewesen. Eben deshalb aber hätte v. Bethmann-Hollweg die von Symmachus hier gegebene Darstellung des Zeugenverhörs gar nicht auf einen Civilproceß beziehen dürfen.

noscant. Es ist gewiß nicht richtig, die Ermächtigung dieser Constitution in dem weiten Umfange zu verstehen, wie es v. Bethmann-Hollweg[46]) thut, daß nämlich mit der Entscheidung über den Besitz, wo es sich so schicke, stets die Entscheidung über das Eigenthum verbunden werden dürfe: hierbei bleibt die nähere Bestimmung zu „possessio“ durch „successionis“ völlig ungewürdigt. Dies kann kaum etwas Anderes heißen als „Besitz eines Nachlasses.“ [46a]) M. a. W. wenn es streitig ist, ob jemand den Besitz von Nachlaßstücken ergriffen hat, so darf unter Umständen zugleich darüber entschieden werden, ob er als Erbe oder Vermächtnißnehmer berechtigt ist oder war, denselben zu ergreifen. Vergegenwärtigen wir uns, daß der Procurator des Olybrius behauptet, es seien Letzterm sex uncias praediorum morte Thesei quaesitas (§. 6), und daß die Erben des Theseus den Besitz mindestens der einen Hälfte des streitigen Grundstücks auf ihr Erbrecht stützen, so werden wir jene Bedeutung von possessio successionis der Sachlage angemessen finden. Symmachus geht indessen auf die Eigenthumsfrage nicht ein, weil dieselbe nicht blos zwischen Scirtius einerseits und dessen Gegnern anderseits streitig ist, sondern auch diese Gegner selbst darüber nicht einig erscheinen. Er urtheilt also nur über die Besitzfrage,

46) A. a. O. S. 370 §. 8 und S. 372 zu N. 44. Richtig jetzt auch Kipp Festgabe zu Windscheids fünfzigjährigem Doctorjubiläum S. 87 zu N. 52 f. Freilich hält er im Falle unsrer relatio jene Vorschrift für „unbeachtlich, weil der Streit sich nicht um Erbschaft drehte;“ er beschränkt dieselbe auf die Verbindung des Streites über den Besitz der Erbmasse mit demjenigen über das Erbenrecht (ius successionis).

46a) Successio = Nachlaßmasse z. B. in l. 21 Cod. de pact. 2, 3. Kipp Festgabe S. 87 N. 53. Vgl. auch l. 4 Cod. in quib. caus. cessat longi temp. praescr. 7, 34.

und zwar gemäß den von Scirtius vorgelegten Urkunden und den Aussagen der Curialen von Präneste; er verfügt, daß der Besitz des streitigen Grundstücks zu der ideellen Hälfte, auf welche Scirtius seinen Anspruch beschränkt, demselben herausgegeben werden müsse, und behält die Eigenthumsfrage einer spätern Prüfung vor.

Man sieht, die ganze Darstellung enthält insoweit nichts, was aus dem Rahmen des Polizeiverfahrens herausfiele.

Auch im übrigen nöthigt nichts, unter der hier erörterten momenti reformatio (§§. 1 und 10) das interdictum Unde vi oder die an dessen Stelle getretene actio extraordinaria zu verstehen.

Zunächst bedeutet, wie Bruns[47]) überzeugend nachgewiesen hat, nach dem Sprachgebrauche des vierten und fünften Jahrhunderts[48]) „momentum“ „einfach den augen-

47) Die Besitzklagen S. 88 ff.

48) L. 1 Cod. Theod. si de momento fuerit appellatum 11, 37 v. J. 386 = l. 1 Cod. Just. si de momentaria possessione fuerit appellatum 7, 69 (v.: Cum de possessione et [eius *ins. Cod. Just.*] momento causa dicitur [*dicatur* Cod. Just.]) l. 4 Cod. Theod. unde vi 4, 22 v. J. 389 (v.: ad repetendum momentum). l. 6 eod. v. J. 414 = l. 3 Cod. Just. qui legit. pers. 3, 6 (v.: Momenti actio [Momentariae possessionis actio *Cod. Just.*]). Vgl. auch l. 1 Cod. Theod. unde vi 4, 22 v. J. 326 = l. 1 Cod. Just. si per vim 8, 5 (v.: ut eos momentariae—possessioni restituant). l. 1 Cod. Just. ubi de poss. 3, 16 v. J. 366 (v.: Ubi — momentaria possessio postulanda est). l. 8 §. 1 Cod. Theod. de iurisd. 2, 1 v. J. 395 = l. 8 Cod. Just. unde vi 8, 4 (v.: momentariae—possessionis interdictum). l. 6 Cod. Theod. de denunt. 2, 4 v. J. 406 (v.: momentariam possessionem pervasione violatam).

blicklichen Besitz," nicht etwa eine Besitzklage und namentlich nicht das interdictum Unde vi insbesondere.

Auch die Verbindung „momenti reformatio" hat die letzte Bedeutung nicht: dieselbe sagt genau das Gleiche wie der Ausdruck „possessionis reformatio;" dieser aber bezeichnet in l. 1 Cod. Theod. si de mom. 11, 37 = l. 1 Cod. Just. si de mom. poss. 7, 69 v. J. 389 (unten N. 58) ganz allgemein die richterliche Entscheidung über den Besitz als solchen. [48a])

Es ist demnach auch nicht zuzugeben, daß „momenti reformationem postulare" (§. 1) nichts Anderes heißen könne, als „die Rückforderung des entzogenen Besitzes durch das interdictum Unde vi": [48b]) vielmehr heißt es allgemein, „die richterliche Entscheidung über den Besitz als solchen beanspruchen."

Sodann gebietet auch die zweimal erwähnte Ausschließung der Appellation von der momenti reformatio nicht, unter dieser jenes Interdict zu denken. Denn es ist völlig unerwiesen, daß gerade nur beim Unde vi die

48a) Bruns Besitzklagen S. 99 unter 6. L. 1 Cod. Theod. utrubi 4, 23 v. J. 400: „bonae fidei possessori — oportet — celeri reformatione succurri. Vgl. auch Isidor. Orig. 5, 24, 25 und 33 (Bruns a. a. O. S. 89 f.): Momentum dictum a temporis brevitate, ut statim salvo negotio reformetur etc. — Interdictum est, quod a iudice non in perpetuum, sed pro reformando momento ad tempus interim dicitur.

48b) Vgl. Bruns a. a. O. S. 78 f. unter 5, wo u. a. auch für unsere Stelle diese Bedeutung behauptet wird. In l. 1 Cod. ubi de poss. 3, 16 versteht Bruns die „momentaria possessio postulanda" ebenfalls vom Unde vi, dagegen das „ubi vis facta dicitur" vom interdictum retinendae possessionis!

Appellation unstatthaft gewesen sei. [49]) Unsere Stelle würde selbstverständlich zu dem fraglichen Beweise erst dann dienen können, wenn es anderweitig feststände, daß sie vom Unde vi handelte. Die beiden anderen dafür angezogenen Stellen jedoch, Symmach. Epp. X. 53 und 58 = Relat. 33 und 38 reden in Wahrheit von ganz verschiedenen Dingen.

Relatio 33 (Epp. X, 53) [50]) v. J. 385 (Seeck)

49) Wie es lehrt v. Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 327 N. 8. S. 348 N. 26.

50) In causis appellationum malo ius potestatis infringere, quam interpretationum dubia sustinere, praesertim conscius haud iniquae iudicationis, cui nonnihil honoris eveniet, si aeternitatis vestrae oraculo roboretur, domini imperatores. §. 2. Tuli igitur Constantium suarium temere provocantem, cum ex rescripto numinis vestri statum, quem Theodosio absenti ademerat, reformassem . mota enim vestra clementia supplicationis querelis brevi examine iussit inquiri, an Theodosio extra conflictum locato ac deinde, ne rebus excideret, provocante possessionem corporum Constantius esset indeptus . allegata igitur praeceptione divina primo cognitionem totius negotii, quamvis speciatim mihi tranquillitatis vestrae delegatione mandatam, viri clarissimi vicarii praesentiae reservavi . siquidem videbatur haec causa ceteris provocationibus esse coniuncta, quae v. c. prodecessore meo negabantur admissae et alterum mecum sumpserant cognitorem. §. 3. Dehinc ubi eam partem, quae ad illius temporis iudicem pertinebat, vestro retinuistis examini, appellationis inquisitione discreta, cum iam participem iudicii non haberem, turbatae possessionis querelam rescripto obsecutus audivi . et quia Theodosium iudicio non interfuisse constabat, quo sibi demptas questus est facultates, nec ulla precum mendacia Constantius detegebat, executus sum circa germanum supplicatoris heredem caeleste iudicium reformato statu, quem claruit mox

spricht überhaupt nicht von einer Dejection; es ist gar nicht ersichtlich, welche sachliche Grundlage der hier erörterte Rechtsstreit hat. Ebenso wenig wird gesagt, daß der Appellant, Theodosius, als Kläger aufgetreten sei; vielmehr scheint er gerade umgekehrt die Rolle des Beklagten gehabt zu haben, der in eremodicio verurtheilt worden ist. [51]) Er ist nämlich in dem Verhandlungstermine, welcher dem erstinstanzlichen Urtheil vorangegangen, nicht erschienen, und infolge davon ist ihm sein Vermögen genommen worden (Theodosium iudicio non interfuisse constabat, quo sibi demptas questus est facultates §. 3); [51a]) der Gegner, Constantius, hat den Besitz der Sachen, um welche es sich handelt, nunmehr, nämlich im Wege der Zwangsvollstreckung, erlangt (statum, quem Theodosio absenti — nämlich vom

proposita appellatione defensum, licet cultus subditus quaestioni libellos, quos Theodosius publicavit, apud se resedisse memoraverit . nihilo minus oboediens inperatis statui, ut fides gestorum superiorum ad augusta scrinia mitteretur. §. 4. Hinc orta est provocatio, cuius vel iustitia vel contumacia sacro expendetur arbitrio . interea constitutionis memor sequestrari mobilia fructusque praecepi, ne medii temporis usurpatio abutatur indebitis . omnium gestorum fida documenta cum supplementis partium relationi ex more sociata sunt, ut diu fluctuanti causae tandem stabilem terminum divino ore ponatis. Vgl. die Erläuterung dieser Relation bei Muther Sequestration und Arrest im Römischen Rechte §. 106 S. 287 ff., mit welcher ich im wesentlichen übereinstimme.

51) v. Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 307 zu N. 33.

51a) Dies kann schlechterdings nicht heißen: „es wurde festgestellt, Theodosius sei bei derjenigen Gerichtsverhandlung nicht zugegen gewesen, in welcher er sich darüber beklagte, daß ihm sein Vermögen genommen sei.“ Denn wenn er dabei abwesend war, so konnte er sich darin nicht beklagen.

Gerichte — ademerat; — Theodosio extra conflictum locato, d. h. weil er zur Verhandlung des Rechtsstreites nicht erschienen war, — possessionem corporum Constantius esset indeptus. §. 2). Hiergegen hatte zwar Theodosius alsbald Appellation eingelegt, ohne Zweifel, indem er sich darauf stützte, daß er ohne seine Schuld den Termin versäumt habe (Theodosio extra conflictum locato ac deinde, ne rebus excideret, provocante §. 2); [51b]) die Appellationslibelle waren jedoch in der Canzlei des iudex a quo, des vorletzten Amtsvorgängers des Symmachus, liegen geblieben (statum, quem claruit mox proposita appellatione defensum, licet cultus [cornicularius s. cognitionalis Seeck] subditus quaestioni libellos, quos Theodosius publicavit, apud se resedisse memoraverit §. 3). Hätte es sich in der That um ein interdictum Unde vi des Theodosius gegen den Constantius gehandelt, so würde schon hierdurch die Ansicht v. Bethmann-Hollwegs auf das Bestimmteste widerlegt werden, nach welcher die Appellation bei dieser Klage, selbstverständlich auch diejenige des abgewiesenen Klägers, [51bb]) unzulässig gewesen wäre. — Nunmehr hatte Theodosius sich an die Kaiser gewandt, und diese hatten verfügt, Symmachus solle den vor jenem erstinstanzlichen Urtheile vorhandenen Besitzstand wiederherstellen, wenn die Angaben des Theodosius sich bewahrheiteten. Die angestellte Untersuchung (turbatae possessionis [51c])

51b) v. Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 311 zu N. 55.

51bb) Vgl. Kipp Festgabe S. 88 f., der über die Zulässigkeit der klägerischen Appellation beim Quorum bonorum nach der Begründung des Appellationsverbotes in l. 22 Cod. Theod. quor. appell. 11, 36 zweifelt.

51c) Es ist eine durchaus unerwiesene Behauptung von Bruns a. a. O. S. 98, turbare possessionem bedeute stets gewaltsame Verletzung des Besitzes, sei es durch Störung oder Entziehung.

querelam rescripto obsecutus audivi §. 3) ergiebt dies, und Symmachus stellt in Befolgung des Rescripts den frühern Zustand her (cum ex rescripto numinis vestri statum, quem Theodosio absenti ademerat [sc. Constantius] reformassem §. 1 — executus sum — caeleste iudicium reformato statu §. 3). Gegen dieses Urtheil appellirt wiederum Constantius, und zwar, wie Symmachus meint, temere (§. 1). v. Bethmann-Hollweg [52]) erblickt, wenn ich ihn recht verstehe, die hier gerügte Frivolität darin, daß er gegen das interdictum Unde vi provocirt. Allein wie könnte alsdann die Zulassung der Provocation ein ius potestatis infringere (§. 1) sein? und unter welchem Gesichtspuncte dürfte Symmachus die Provocation gegen das Interdict, wenn er sie einmal zulassen wollte, als Appellation gegen die Execution behandeln? [53]) Vielmehr war die Appellation deshalb unzulässig, weil sie gegen die Entscheidung eines kaiserlichen Rescriptes ging, obwohl der dieser Entscheidung zugrundegelegte Thatbestand sich als völlig unanfechtbar herausgestellt hatte (Theodosium iudicio non interfuisse constabat — nec ulla precum mendacia Constantius detegebat §. 3). [54]) Ließ Symmachus gleichwohl die Provocation zu, so konnte er, der an des Kaisers Stelle die bedingungsweis abgegebene Entscheidung des Rescripts unbedingt wiederholt hatte, allerdings von einem ius potestatis infringere sprechen; die Provocation aber ließ sich, weil es einen Instanzenzug für die Sache selbst

52) A. a. O. S. 348 N. 26. S. 327 N. 8.

53) v. Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 337 zu N. 83 gemäß l. 25 Cod. Theod. quor. app. 11, 36 v. J. 378. Eben auf dieses Gesetz weiset unsre relatio §. 4 hin mit den Worten: constitutionis memor. Irrig führt Seeck an l. 21 §. 3 D. de app. 49, 1.

54) Vgl. l. 3 D. quando app. 49, 4. l. 1 §. 1 D. de app. 49, 1.

nicht mehr gab, formell nur als Provocation gegen die Execution behandeln. Endlich erhellt auch der Grund, aus welchem Symmachus die Provocation annahm. Sein vorletzter Vorgänger hatte viele Appellationen nicht zugelassen; die darüber vor die Kaiser gebrachten Beschwerden waren, vermuthlich kraft einer allgemeinen Verfügung, der gemeinsamen Prüfung des Symmachus und des vicarius in urbe übertragen worden; [55]) und zwar hatten sich die Kaiser die Entscheidung über diejenigen dieser Appellationen vorbehalten, welche gegen Urtheilssprüche jenes frühern Stadtpräfecten selbst eingelegt waren (eam partem, quam ad illius temporis iudicem pertinebat, vestro retinuistis examini §. 3). Symmachus war anfangs der Ansicht gewesen, auch der vorliegende Fall gehöre dahin, obwohl dessen Prüfung ihm besonders zugewiesen worden war (§. 2). Später jedoch hatte er denselben gemäß dem Specialrescripte selbst entschieden (§. 3). Aber er hielt es doch immer für denkbar, daß er sich in der fraglichen Hinsicht bei Auslegung der kaiserlichen Rescripte geirrt habe (interpretationum dubia §. 1), m. a. W., daß auch der von ihm entschiedene Fall der kaiserlichen Entscheidung hatte vorbehalten bleiben sollen. — Es bedarf übrigens wohl kaum der Bemerkung, daß das richtige Verhalten des Constantius darin bestanden haben würde, nach Aufhebung des von ihm gegen den Theodosius erwirkten Contumacialurtheils den Rechtsstreit in der Lage fortzusetzen, in welchem sich derselbe vor diesem Urtheile befunden hatte, m. a. W. seine Klagbehauptungen zu wiederholen und zu erweisen.

Relatio 38 (Epp. X, 58) [56]) sodann betrifft aller-

55) v. Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 64 N. 39.

56) In negotiis tempore ac iudicatione finitis cessare aequum est longae orationis excursum, ne et numinis vestri salutares actus oneret sermo prolixior et sine argu-

dings einen Fall der Dejection; allein erstens wird derselbe nicht mittels einer Privatklage, namentlich des interdictum Unde vi, verfolgt, sondern strafrechtlich; und zweitens wird die von den Angeklagten eingelegte Appellation nicht deshalb mit Strafe belegt, weil Appellation in Dejectionssachen verboten wäre, sondern deshalb, weil die Appellation vor dem Endurtheile eingelegt worden ist (appellatio praeiudicialis §. 3. praeiudicialem multam statuit §. 2).[57])

Wir haben demnach volle Freiheit, den bei Symmachus rel. 28 vorgetragenen Rechtssatz, welcher die Appellation in reformatione momenti verbietet, gemäß seinem natürlichen Sinne aufzufassen; und danach dürfte derselbe nicht blos von jeder civilrechtlichen Entscheidung über den Besitz als solchen zu verstehen sein, d. h. sowohl von den interdicta retinendae possessionis, als vom Unde vi,

mento rerum loquacitas morosa displiceat, domini imperatores. §. 2. Cum in iudicio moderatoris Apuli inter Marcellum, qui se deiectum possessione questus est, itemque Venantium stratorem, ut ipse confirmat, eiusque germanam Batrochiam causa violentiae diceretur, provocatio a reis inconsulta processit, quod provincialis cognitor promissis litteris ad vicariam potestatem susceptum retineret examen . tunc auditorii sacri iudex rectoris affatu super appellatione consultus et praeiudicialem multam statuit a provocantibus inferendam et ipsum quaesitorem crimini dedit cum executione vindictae. §. 3. Post haec obreptionibus partium nonnulla gesta sunt, ut iudicatio consummata traheretur . nam et vir spectabilis decessor meus cum multam didicisset exactam, quam decreto sacri auditorii appellatio praeiudicialis agnoverat, statuit causam criminis ad se debere transferri, et ego idem secutus partes in examen accivi etc.

57) Vgl. v. Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 326 N. 2.

sondern nicht minder von jeder polizeilichen, wie eben in jener relatio. Und in dem gleichen Umfange ist auch die l. un. Cod. Theod. si de momento fuerit appellatum 11, 37 [58]) v. J. 386 = l. un. Cod. Just. si de momentaria poss. fuerit appellatum 7, 69 zu verstehen, welche, im Gegensatze zu den bei Symmachus erwähnten Constitutionen, gegen die Entscheidungen über den Besitz die Appellation zuläßt, derselben jedoch den Suspensiveffect abspricht. [59])

Das letzte Ergebniß unsrer Untersuchung ist also dieses, daß Symmach. rel. 28 gar nicht das Unde vi betrifft, mithin aus den Worten: cum integrationem status, quem amiserat, inpetrasset — ganz und gar nichts zu schließen ist auf eine besondere impetratio und einen formellen Erlaß der Interdicte am Ende des vierten Jahrhunderts. [60])

58) Valentinianus, Theodosius et Arcadius ad Eusignium P. P. Cum de possessione et momento causa dicitur, etsi appellatio interposita fuerit, tamen lata sententia sortiatur effectum, atque ita demum ad nostram scientiam referatur. Ita tamen possessionis reformationem fieri oportet, ut integra omnis proprietatis causa servetur.

59) Vgl. Bruns Besitzklagen S. 99 unter 6, der das fragliche Gesetz wenigstens auf alle Besitzklagen bezieht.

60) Selbstverständlich werden damit auch die Betrachtungen hinfällig, welche v. Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 372 aus jener relatio über Streitgenossenschaft und Intervention herleitet. — Gezweifelt hatte an der Richtigkeit der v. Bethmann-Hollweg'schen Erklärung bereits Wieding der justinianische Libellproceß S. 27 f., ohne jedoch eine bessere geben zu können. Ebenso O. E. Hartmann röm. Gerichtsverfassung S. 539 N. 32, der jedoch irrig Symmach. Epp. X, 48 (rel. 28 cit.) auf den Gegensatz des possessorium zum petitorium

Damit ist zugleich der letzte Schein von Beweiskraft zwei anderen Stellen entzogen, welche neuerdings Kipp [61]) dafür beibringt, daß wenigstens im Westreiche noch im vierten Jahrhundert der Erlaß der Interdicte regelmäßig stattgefunden habe. Es sind dies l. 2 (wesentlich verändert als l. 6 Cod. Just. unde vi 8, 4) und l. 5 pr. Cod. Theod. unde vi 4, 22 = l. 2 Cod. Just. si per vim 8, 5.

Nach der ersten Constitution aus Trier v. J. 381 soll jemand zur Strafe sein ganzes Klagrecht verlieren, wenn er iudicis interlocutione suppressa sub specie iudicati ius alienum improba temeritate pervasit; nach der andern aus Mailand v. J. 397 Nec imperiale rescriptum, quod supplicatio litigatoris obtinuit, nec interlocutio cognitoris interpellare possessionis statum eo, qui rem tenet, absente permittitur, quia negotiorum merita partium assertione panduntur. Kipp meint nun, der sonstige Inhalt beider Gesetze mache es nothwendig, unter dem Interlocut eine Verfügung über den Besitz zu verstehen, [62]) und zwar sei dies muthmaßlich das interdictum redditum Unde vi, welches nach Symmach. rel. 28 als integratio status vor aller Verhandlung verfügt worden sei. Eine weitere Widerlegung beansprucht diese, unter allen Umständen durchaus willkürliche, Behauptung wohl nicht. [63]) Oder konnten nicht auch in anderen Processen,

bezog, was Kipp die Litisdenuntiation S. 211 N. 53 mit Recht bemerkt.

61) A. a. O.

62) Für l. 5 cit. ist dies zuzugeben — s. auch Bruns Besitzklagen S. 107 —; wie so aber auch die interlocutio suppressa in l. 2 cit. eine Verfügung über den Besitz enthalten müsse, vermag ich nicht zu verstehen.

63) Unklar ist es mir, wie Kipp als weitere Stütze derselben die Form des bedingten Restitutionsbefehles (mandatum cum clausula) anführen kann, welchen das interdictum

z. B. auch in der rei vindicatio, Interlocute in Abwesenheit des Gegners ergehen und demselben unterschlagen werden, welche Verfügungen über den Besitz trafen?

Hiernach werden wir mit bestem Fuge behaupten dürfen, daß zugleich mit dem Untergange des eigenthümlichen Interdictenverfahrens auch der besondere Erlaß des einzelnen Interdictes durch den Magistrat weggefallen ist, und selbstverständlich jede Rechtsfolge, welche sich ehedem an diesen Erlaß angeschlossen hatte.

Eine letzte Bestätigung dafür, daß in extraordinariis iudiciis die alten Interdicte zu gewöhnlichen Klagen geworden sind, liegt in der bereits früher besprochenen Thatsache, wonach schon am Ende des vierten Jahrhunderts auch die Municipalmagistrate innerhalb ihrer allgemeinen Zuständigkeitsgrenze für dieselben zuständig waren.[64]) Wäre bei der actio ex causa interdicti noch ein ausdrücklicher Erlaß des Interdictes vorgekommen, so würde eine kaum erklärliche Neuerung schon darin gelegen haben, daß dieser nunmehr auch von jenen Magistraten ausgehen konnte.

123. Hatte das Interdictenverfahren vor den actiones ordinariae den Vorzug der Beschleunigung gehabt,[65]) so ist es begreiflich, daß man auch den ex causa interdicti stattfindenden actiones extraordinariae, so gut es anging, diesen Vorzug zu erhalten suchte.

Unde vi in Italien unter Theodorich angenommen hatte. Cassidor. Var. IV, 39. 40. 44. V, 12. Dieses Mandat hatte doch ohne Zweifel erst dann Wirkung, wenn es dem Impetraten zugestellt worden war; die impetratio interdicti im Sinne der hier bekämpften Ansicht soll umgekehrt kraft ihres Eintrittes, selbst in Abwesenheit des Gegners, wirken.

64) S. oben §. 1833 Ziffer 2 Thl. 1 S. 16 zu N. 32.

65) S. oben §. 1839 Ziffer 114.

Für die actiones ordinariae hatte der Grund unliebsamer Verzögerung der Entscheidung in der Einrichtung des rerum actus gelegen: mittels des Interdictenverfahrens war diese Verzögerung entweder umgangen oder doch in ihren nachtheiligen Wirkungen möglichst ausgeglichen worden. Für das regelmäßige Verfahren nach dem Untergange des ordo iudiciorum privatorum bildete die Einleitungsform der litis denuntiatio mit ihren langen gesetzlichen Fristen einen neuen Grund der Verzögerung. So erscheint es fast als selbstverständlich, daß die alten Interdictensachen von dieser Weitläufigkeit freigelassen wurden.

In der That finden wir dies auch vielfach bezeugt.

Die älteste Bekundung dafür, welche sich auf das interdictum Quorum bonorum bezieht, hat scharfsinnig Kipp[66]) bei Symmachus rel. 16 (epp. X. 29 al. 36) v. J. 384 entdeckt.

Profiteor ultro, quod scio clementiam vestram posse rescribere . verecunde potius quam iure suscepi provocationem non exstante sententia, ne existimarer offensus liberae quidem, sed immaturae vocis obiectu . nam cum inter proximos Euphasii c. m. viri itemque heredes scriptos, qui olim beneficio praetoris corporibus defruuntur, super testamenti iure actio verteretur, et sententiam de possessione impatienter exigerent, quibus ab intestato bonorum possessio minime competebat, quia heredibus scriptis secundum tabulas docebatur indulta, Priscianus et Polemonianus ad denuntiationem dilato negotio provocarunt. §. 2. etc.

66) Die Litisdenuntiation S. 299 N. 8. S. jetzt desselben eingehende Erörterung der rel. 16 in Festgabe zu B. Windscheids fünfzigjährigem Doctorjubiläum Halle 1888 S. 67 ff., besonders S. 86.

Hier haben die Verwandten des Erblassers gegen die nach Agnition der bonorum possessio secundum tabulas seit längerer Zeit im Besitze der Nachlaßsachen befindlichen Testamentserben (qui olim beneficio praetoris corporibus defruuntur — scriptis heredibus secundum tabulas docebatur indulta sc. bonorum possessio) zugleich mit dem interdictum Quorum bonorum die hereditatis petitio (super testamenti iure actio verteretur) angestellt, letztere nämlich für den Fall, daß sie mit ersterm nicht durchdringen sollten. Ungeduldig haben sie zunächst die Entscheidung begehrt über die, selbstverständlich auch ihrerseits agnoscirte, bonorum possessio (sententiam de possessione impatienter exigerent). Diese ist nun gegen sie ausgefallen, und zwar ohne Zweifel nicht deshalb, weil Symmachus die edictsmäßigen Voraussetzungen der bonorum possessio secundum tabulas als erwiesen betrachtete und somit den Klägern das Recht auf die bonorum possessio intestati absprach, [66a]) vielmehr aus dem Grunde, weil damals der Nachweis der besitzenden Beklagten, sie haben die bonorum possessio aus einem äußerlich fehlerfreien schriftlichen Testamente agnoscirt, ebenso wie schon in classischer Zeit die missio ex edicto Hadriani, [66b]) den, mittels des Quorum bonorum verfolgbaren, Anspruch auf den vorläufigen Besitz

66a) Denn daß die edictsmäßigen Voraussetzungen der bonorum possessio secundum tabulas wirklich nachgewiesen seien, sagt die relatio gar nicht, sondern nur, daß die bonorum possessio scriptis heredibus secundum tabulas indulta, d. h. daß dieselbe von ihnen agnoscirt worden sei. Es können deshalb auch anderseits die Worte: quibus (den Klägern) ab intestato bonorum possessio minime competebat — nicht bedeuten, daß den Klägern jene bonorum possessio nicht zustehe. Kipp Festgabe S. 90.

66b) S. oben §. 1835a Ziffer 23 Thl. 1 S. 148 zu N. 98.

der Nachlaßsachen [66c]) für andere Prätendenten ausschloß, letztere m. a. W., um mit der l. 1 Cod. quor. bon. 8, 2 zu reden, „ad hereditatem vel bonorum possessionem“ gar nicht „admittirt“ wurden. [66d]) Nur bei dieser Auffassung erscheint es gerechtfertigt, daß die Zurückweisung des Quorum bonorum mittels eines Interlocutes erfolgen konnte: es war damit in keiner Weise über das Recht der bonorum possessio, sondern lediglich über die Parteirolle für den Streit um ein endgültiges Erbrecht entschieden. Kraft des nämlichen Interlocutes hat Symmachus die Verhandlung über die eventuell angestellte hereditatis petitio bis zur litis denuntiatio vertagt. Gegen dieses Interlocut haben die Kläger, also verfrüht, provocirt. Es ergiebt sich daraus, daß das Quorum bonorum ohne litis denuntiatio eingeleitet worden war. [66e])

66c) Dies ist die richtige Bedeutung der Worte: quibus ab intestato bonorum possessio minime competebat. Kipp Festgabe S. 91 f.

66d) Kipp Festgabe S. 89 ff. Die Behauptung des Textes gilt auch für den bonorum possessor contra tabulas: er konnte dem scriptus heres, welcher die bonorum possessio secundum tabulas agnoscirt hatte, den Nachlaß nur mit der hereditatis petitio possessoria entziehen. Doch ist es schwerlich eine glückliche Fassung dieses Gedankens, wenn Leist in diesem Commentar Serie der Bücher 37. und 38. Thl. 2 S. 404 sagt, es sei die hereditatis petitio und das Quorum bonorum des bonorum possessor contra tabulas im wesentlichen zusammengeflossen.

66e) v. Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 240 N. 34 will hiervon auch verstehen l. un. §. 2 Cod. Theod. quor. bon. 4, 21 (omnibus frustrationibus amputatis) v. J. 395; ebenso Schmidt a. a. O. S. 334 zu N. 21, Baron der Denuntiationsproceß S. 156 N. 1. Mit Recht bemerkt hiergegen Kipp die Litisdenuntiation S. 298 f.

Nächstdem läßt sich die Befreiung von der litis denuntiatio für das interdictum Unde vi schließen aus

L. 5 Cod. Theod. de denunt. 2, 4 (*Valentinianus*, *Theodosius* et *Arcadius* a°. 389):

Universa quidem negotia, quae ex rescriptorum auctoritate sortiantur exordium, ad cursum temporum pertinere, decretum est: ante omnia vero procurandum est, ne pervasionibus improborum protelandae cognitionis praebeatur occasio. Idcirco, si quis possessione deiectus auxilium nostri poscat oraculi, nullis eum temporum, quae ex rescriptorum editione defluunt, moris esse ludendum, hac lege decernimus, ne iuris suffragium, quod in celeri reformatione consistit, beneficiorum imperialium decreta suspendant.

Hier ist für die mittels Supplication an den Kaiser eingeleitete Klage wegen Dejection die Befreiung von der Frist der editio rescripti ausgesprochen.[67]) Treffend bemerkt dazu Kipp:[68]) „Man wird annehmen dürfen, daß zu dieser Zeit die Exemption des interdictum Unde vi von der Litisdenuntiation bereits anerkannt war, und nur die entsprechende Anwendung dieses Satzes auf den Rescripts-

N. 8, der angeführte Ausdruck schließe nur die Berufung auf das Eigenthum aus. Leist in diesem Commentar Serie der Bücher 37. und 38. Thl. 2 S. 424. Vgl. unten zu N. 76. Auch Schmidt a. a. O. S. 346 erkennt, unter Bezugnahme auf Gothofredus an, daß der fragliche Ausdruck „lediglich die Einwendung des Beklagten, er sei Eigenthümer," betreffe; es ist danach nicht leicht zu verstehen, wie er S. 334 zu N. 21 denselben mit v. Bethmann-Hollweg auf den Ausschluß der denuntiatio beziehen könne.

67) Vgl. dazu Kipp a. a. O. S. 188 ff. und §. 31.

68) A. a. O. S. 297.

proceß eingeschärft werden sollte. Denn sonst wäre nicht verständlich, weshalb das Gesetz nur von diesem spricht, da nicht anzunehmen ist, daß die für ihn beseitigte Frist im ordentlichen Proceß fortbestehen sollte." [69])

Ausdrücklich ausgeschlossen finden wir dann die litis denuntiatio mit ihren Fristen beim Utrubi in

69) Aehnlich Schmidt a. a. O. S. 334 zu N. 20.

Demgemäß dürfen wir gewiß die von Beschleunigung beim Unde vi im allgemeinen redenden l. 3 Cod. Theod. ad leg. Jul. de vi publ. et priv. 9, 10 (amissae possessionis iura reparentur, eademque protinus restituta violentus — in totius litis terminum differatur) v. J. 319, l. 2 Cod. Theod. unde vi 4, 22 (illico quidem possessio ei, a quo ablata est, reddatur) v. J. 381, l. 8 §. 1 Cod. Theod. de iurisd. 2, 1 (Momentariae etiam possessionis interdictum, — ut mox audiri — mereatur) v. J. 395 und l. 4 Cod. Th. unde vi 4, 22 (celeri redhibitione consulere, nec iudicium dilatione suspendi) v. J. 396 auf die Befreiung von der litis denuntiatio beziehen. Anders v. Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 347 N. 23, der jene Stellen von jeder andern möglichen Beschleunigung versteht. Dem entgegen versteht Schmidt a. a. O. S. 341 ff. das „protinus" der l. 3 Cod. Th. 9, 10 davon, daß das interdictum Unde vi vor Abgabe des Strafurtheils entschieden werde; in l. 2 Cod. Th. 4, 22 bezieht er das „illico" darauf, daß die Rückgabe sofort bei Gelegenheit der Criminaluntersuchung anzuordnen sei, ohne daß erst die Privatklage des Verletzten abgewartet werden müsse; das „mox audiri mereatur" der l. 8 Cod. Theod. 2, 1 soll nach ihm nichts Besonderes für sich bedeuten, sondern nur einen Grund für die Bestimmung bilden, daß Kleinigkeiten schnell zu Hause abgethan, nicht an den rector provinciae gebracht werden. Für l. 4 Cod. Th. 4, 22 dagegen vertheidigt auch Schmidt die Beziehung auf den Wegfall der denuntiatio.

L. un. Cod. Theod. utrubi 4, 23 (*Arcadius* et *Honorius* a°. 400):

Si coloni, quos bona fide quisque possedit, ad alios fugae vitio transeuntes, necessitatem condicionis propriae declinare tentaverint, bonae fidei possessori primum oportet et celeri reformatione succurri, non exspectatis temporibus nec denuntiatione solenni, quae locum in his negotiis non habebunt.

Betrifft dieses Edict im ganzen auch nur den besondern Fall flüchtiger Colonen, so scheint doch der Schlußsatz mindestens beim Utrubi überhaupt, wo nicht bei jeder Besitzklage (in his negotiis), die litis denuntiatio zu untersagen. [70])

Endlich spricht ein Edict derselben Kaiser v. J. 406 in einer Zusammenstellung der von der litis denuntiatio befreiten Sachen diese Befreiung für alle Interdicte aus.

L. 6 Cod. Th. de denunt. 2, 4:

Si quis debiti, quod vel ex foenore vel mutuo data pecunia sumpsit exordium, vel ex alio quolibet titulo in literarum obligationem facta cautione translatum est seu fideicommissi dirigat actionem aut momentariam possessionem pervasione violatam vel quodlibet interdictum efflagitet, seu inofficiosum arguat testamentum, vel tutelae seu negotiorum actionem intendat, ruptis denuntiationum ambagibus, inter ipsa cognitionum auspicia rationem exprimere ac suas allegationes iubeatur proponere, denuntiatione et temporum observatione remota, quam in ceteris civilibus causis, quarum tamen aestimatio centum solidorum summam excedat, volumus custodiri.

Es ist allerdings unverkennbar, daß der eigenthümliche Inhalt mancher Interdicte, z. B. des Quorum bonorum,

70) So faßt es auch die Interpretio: quia initium litis ad momentariam non pertinet actionem.

des Unde vi, der Interdicte zum Schutze des Besitzes überhaupt, besondere Beschleunigung wünschenswerth macht. Keineswegs jedoch läßt sich das von allen Interdicten sagen, z. B. vom Salvianum, vom interdictum de precario u. a. Finden wir gleichwohl für alle Interdicte die Weitläufigkeit der litis denuntiatio erlassen, so ist das gewiß nur aus dem Umstande zu erklären, daß im alten Rechte alle Interdicte als solche den Vorzug der Beschleunigung (in dem früher beschriebenen Sinne) mit sich gebracht hatten.

Neben diesem allgemeinen Mittel der Beschleunigung für sämmtliche Interdicte fanden für einzelne derselben noch besondere Beschleunigungsmittel statt. So zunächst für das Unde vi infolge der Vorschrift, daß für den in seiner Abwesenheit Entsetzten dessen Detentor ungeachtet mangelnder Vollmacht, ja ungeachtet mangelnder Proceßfähigkeit auftreten kann, nach l. 1 Cod. Theod. unde vi 4, 22 [70a]) v. J. 326 (wiederholt in l. 4 eod. v. J. 396 und in l. 6 eod. v. J. 414); [71]) ferner für dasselbe Interdict und für die Entscheidung über den Besitz überhaupt, also auch für die interdicta retinendae possessionis, [71a]) in der electiven Zuständigkeit nicht sowohl des forum delicti commissi, [71b]) als vielmehr des forum rei sitae nach l. un. Cod. Just. ubi de poss. 3, 16 v. J. 366. [71c]) Dann für das Quorum bonorum in der Ausschließung der Appellation, und zwar unter ausdrücklichem Hinweis auf den Zweck der Beschleunigung, nach l. 22 Cod. Theod. quor. app. 11, 36 v. J. 374. [72]) Nach Symmach.

70a) S. oben S. 423 f. N. 30.
71) v. Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 348 zu N. 29.
71a) S. oben Ziffer 122 zu N. 48b S. 430.
71b) Wie der herrschenden Meinung gemäß annimmt v. Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 348 zu N. 30.
71c) S. oben §. 1833 Ziffer 2 N. 36 Thl. 1 S. 18.
72) Valent., Valens et Gratian.: In interdicto Quo-

rel. 28 §§. 1 und 10 [73]) war i. J. 384 die Appellation ebenfalls ausgeschlossen bei der reformatio momenti, d. h. bei den alten interdicta retinendae possessionis und Unde vi; [74]) l. un. Cod. Theod. si de mom. 11, 37 v. J. 386 gestattet sie hier freilich, versagt ihr jedoch den Suspensiveffect. Als Beschleunigung für das Quorum bonorum endlich gilt oft auch die Vorschrift der l. un. §. 2 Cod. Theod. quor. bon. 4, 21 v. J. 395, wonach omnibus frustrationibus amputatis in petitorem corpora hereditaria transferantur, secundaria actione proprietatis non exclusa, indem man darin ein Zeugniß für die s. g. summarische Natur des genannten Interdictes erblickt. [75]) Wir haben an einem andern Orte [76]) den Nachweis versucht, daß diese Ansicht fehlgeht, l. un. cit. vielmehr die materiellrechtliche Bestimmung enthält, wonach das Quorum bonorum nicht mehr durch Berufung auf einen Singulartitel des beklagtischen Besitzes abgelehnt werden kann, sondern auf Herausgabe aller vom Erblasser bei dessen Tode besessenen Sachen schlechthin aus dem Grunde geht, weil der Erblasser dieselben besessen hat.

Eben der Gegensatz dieser besonderen Beschleunigungsmittel für bestimmte einzelne Interdicte zu der für alle geltenden Befreiung von der litis denuntiatio zeigt deutlich, daß der letztere Vorzug auf das allgemeine Wesen des alten Interdictenverfahrens zurückzuführen ist.

rum bonorum cessat licentia provocandi, ne, quod beneficio celeritatis inventum est, subdatur iniuriis tarditatis.

73) S. oben Ziffer 122 S. 427 und 430.

74) S. das. S. 445 f.

75) So schon die Glosse ad l. 3 Cod. J. quor. bon. 8, 2 (= l. un. Cod. Theod. cit.).

76) Archiv für die Civil. Prax. Bd. 70 S. 42 ff. Vgl. oben §. 1835 Ziffer 11 Thl. 1 S. 82 zu N. 5.

Die besonderen Beschleunigungsmittel für das interdictum Unde vi und die reformatio momenti sind in Justinians Codex übergegangen, [77]) während derselbe die Ausschließung der Appellation beim Quorum bonorum nicht erwähnt. [78]) Das allgemeine Beschleunigungsmittel dagegen, welches für sämmtliche actiones ex causa interdicti in der Befreiung von der litis denuntiatio gelegen hatte, ist selbstverständlich mit diesem Institute verschwunden.

Dafür jedoch schreibt Justinians Codex eine nicht näher bezeichnete Beschleunigung des Verfahrens vor. [79])

Er thut dies namentlich für das Unde vi und das Utrubi, und zwar nicht nur, indem er aus drei auf dieselben bezüglichen Constitutionen des Codex Theodosianus

77) a) Stellvertretung des in seiner Abwesenheit Dejicirten l. 1 Cod. J. si per vim 8, 5 = l. 1 Cod. Theod. unde vi 4, 22 cit. (s. oben S. 423 f. N. 30). l. 3 Cod. J. qui legit. pers. 3, 6 = l. 6 Cod. Theod. unde vi 4, 22 cit.;

b) forum rei sitae l. un. Cod. J. ubi de poss. 3, 16 cit. (oben Thl. 1 S. 18 N. 36).

c) Ausschließung des Suspensiveffectes der Appellation l. un. Cod. J. si de moment poss. 7, 69 = l. un. Cod. Theod. si de mom. 11, 37 cit. (oben S. 446 N. 58).

78) Ob man mit Leist in diesem Commentar Serie der Bücher 37. und 38. Thl. 2 S. 430 N. 48 die nach l. 7 pr. D. de app. recip. 49, 5 und l. 6 Cod. quor. app. non recip. 7, 65 für die missio ex edicto Hadriani stattfindende Ausschließung der Appellation „nach Justinians vermuthlicher Intention auch für das Interdict — analog zu verwenden" habe, mag hier dahin gestellt bleiben. Vgl. Schmidt a. a. O. S. 347 und Thl. 1 S. 111 unten f.

79) Vgl. zu dem Folgenden v. Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 347 N. 24. Die dort ebenfalls angeführte l. 3 Cod. J. quor. bon. 8, 2 (aus l. un. Cod. Theod. eod. 4, 21) gehört freilich nicht hierher. S. oben N. 66e und S. 456 zu N. 75 f.

die unbestimmten Ausdrücke „mox audiri mereatur,“ [80]) „protinus“ [81]) und „celeri reformatione succurri,“ [82]) welche dort auf die Befreiung von der litis denuntiatio gingen, unverändert herübernimmt, sondern auch, indem er hinsichtlich des Unde vi in den Text der l. 1 Cod. Theod. unde vi 4, 22, welche er als l. 1 Cod. J. si per vim 8, 5 aufgenommen hat, die Worte „sine ulla cunctatione“ einschaltet. Wir sind gewiß nicht befugt, diese Einschaltung für eine „bedeutungslose Phrase“ zu halten. [83])

Nicht minder aber sind wir genöthigt, mit v. Bethmann-Hollweg die nämliche Vorschrift für sämmtliche Interdicte in l. 4 Cod. de interd. 8, 1 zu erblicken. Diese, aus l. 6 Cod. Theod. de denunt. 2, 4 herausgeschnittene, Stelle lautet:

Si quis quodlibet interdictum efflagitet, ruptis veteribus ambagibus [84]) intra ipsa cognitionum auspicia rationem exprimere ac suas allegationes iubeatur exprimere.

Schmidt [85]) freilich meint, „die Compilatoren geben lediglich eine geschichtliche Notiz; früher, sagen sie, gab es

80) L. 8 Cod. J. unde vi 8, 4 aus l. 8 §. 1 Cod. Theod. de iurisd. 2, 1 (s. oben N. 69).

81) L. 7 §. 1 Cod. J. ad leg. Jul. de vi 9, 12 = l. 3 Cod. Theod. eod. 9, 10 (s. oben N. 69).

82) L. 14 Cod. J. de agricol. 11, 48 (47) aus l. 1 Cod. Theod. utrubi 4, 23 (s. oben S. 454), wo zugleich die Worte „non expectatis temporibus nec denuntiatione solenni“ gestrichen sind.

83) Das entgegengesetzte, jedoch gar nicht begründete, Urtheil Schmidts S. 348 erklärt sich wohl nur daraus, daß jener Gelehrte verkennt, wie sehr ein beschleunigtes Verfahren dem Wesen der alten Interdicte entspricht.

84) Statt: ruptis denuntiationum ambagibus im Codex Theodosianus.

85) A. a. O. S. 347.

Umständlichkeiten, welche weggefallen sind." Allein, wenn es unter allen Umständen bedenklich ist, den Inhalt einer in Justinians Codex aufgenommenen Constitution von Justinians Standpuncte aus als rein geschichtliche Mittheilung zu betrachten, so ist dies gewiß da völlig unzulässig, wo die vermeinte geschichtliche Mittheilung so unklar und in jeder denkbaren Auffassung so zwecklos erscheint, wie beides hier der Fall würde. Was nämlich konnten und sollten Justinians Zeitgenossen unter den erwähnten „alten Umständlichkeiten" verstehen? Das in der ursprünglichen Fassung des mitgetheilten Satzes genannte Institut der litis denuntiatio war in Justinians Sammlung bis auf unverständliche Spuren getilgt: wollte der Kaiser also Mit- und Nachwelt über dessen Beseitigung belehren, so hätte er dasselbe doch wenigstens nennen müssen, — in der That dagegen streicht er dessen Namen! [86]) Wer aber von seinen Zeitgenossen trotzdem, etwa zufolge einer außerhalb der Compilation überlieferten Kunde, in den veteres ambages wirklich die beseitigte litis denuntiatio erkannt hätte, der wäre zugleich dem Irrthum preisgegeben worden, nur die Interdicte seien ehedem an jene Proceßeinleitungsform gebunden gewesen, nicht auch die übrigen Klagen, wo nicht gar dem noch ärgern Mißverständnisse, dieselbe habe früher bei allen Klagen stattgefunden und sei nunmehr nur bei den Interdicten aufgehoben. Denn der Umstand, daß die l. 4 jene veteres ambages ausschließlich in Beziehung auf die Interdicte hervorhebt, gebietet geradezu, das Verständ-

86) Lehrreich ist dem gegenüber l. 2 Cod. de form. et impetr. act. subl. 2, 57, welche in wörtlicher Wiedergabe der l. 1 Cod. Theod. de omissa actionis impetratione 2, 3 die einzige Erwähnung der durch diese Constitution aufgehobenen exceptio non impetratae actionis enthält. S. oben Ziffer 122 zu N. 23 ff. S. 419.

niß dieser Stelle in dem einen oder dem andern Sinne auf die Interdicte zu beschränken.[87]) — Näher übrigens hätte es gelegen, unter den veteres ambages dasselbe zu verstehen, was, die geschichtlichen Hülfsmittel ihrer Auslegung ausschließlich der Compilation entnehmend, die Glosse[88]) darunter versteht, nämlich die formae et conceptiones verborum, quibus praetor aut iubebat aliquid fieri aut fieri prohibebat,[89]) m. a. W. den Erlaß der Interdicte durch den Magistrat. Aber war das nicht weit deutlicher bereits gesagt worden, wie in pr. und §. 8 J. de interd. 4, 15, so namentlich auch in den Schlußworten der unmittelbar vorhergehenden l. 3 Cod. eod.?[90]) Wozu also eine so wenig durchsichtige Wiederholung? Ja, hätte wenigstens unsre l. 4 die Beseitigung der alten Weitläufigkeiten als Justinians Verdienst darstellen können! — Und eben dieser Grund verbietet endlich auch eine rein geschichtliche Auffassung, welche sich, wie Schmidt es will,[91]) dabei bescheidet, daß es früher einmal irgend welche, im

87) Schmidt a. a. O. S. 347 sagt: „Die Behauptung, nur die Interdicte seien von ihnen (nämlich den alten Umständlichkeiten) befreit, wird gar nicht aufgestellt, wie sie überhaupt irrig sein würde.“ Aber wenn man die Scylla dieser, hier mit Recht als irrig gerügten, Auffassung vermeidet, fällt man dann nicht unrettbar in die Charybdis der andern, wonach jene Umständlichkeiten nur bei Interdicten stattgefunden hätten?

88) Ad h. l. v. ambagibus] i. e. solennitate verborum sublata. So auch Walter Geschichte des Röm. Rechts Thl. 2 §. 770 N. 45. Vgl. Wieding der justinianische Libellproceß S. 490.

89) Pr. J. de interd. 4, 15.

90) Interdicta autem, licet in extraordinariis iudiciis proprie locum non habent, tamen ad exemplum eorum res agitur.

91) S. oben N. 87.

einzelnen unbekannte, Umständlichkeiten gegeben habe, die nunmehr aufgehoben seien.

Ein wesentlich anderes Ansehen dagegen gewinnt die l. 4, sobald sie gerade umgekehrt als praktische Vorschrift betrachtet wird. Alsdann liegt ihr Schwergewicht in den Worten: intra ipsa cognitionum auspicia. Diese werden durch die vorhergehenden immerhin noch ein wenig herausgehoben, bedürfen deren jedoch so wenig, daß dieselben unbeschadet des Sinnes ganz fehlen könnten und wohl lediglich infolge des Umstandes aufgenommen worden sind, weil sie im ursprünglichen Texte standen. So ist es begreiflich, daß sie infolge der nothwendigen Vertauschung des auf ein untergegangenes Institut bezüglichen Ausdrucks „denuntiationum“ mit dem sachlich zwar richtigen, aber ganz unbestimmten „veteribus“ ziemlich nichtssagend geworden sind; für Justinian war es überaus gleichgültig, was seine Leser unter den veteres ambages denken mochten. Dagegen kam ihm alles darauf an, daß bei jeder Interdictenklage, mit Hintansetzung der alten Umständlichkeiten, gleichviel worin diese bestanden hatte, intra ipsa cognitionum auspicia die zur Begründung der Klage erforderlichen Behauptungen vorgetragen wurden. Ipsa cognitionum auspicia aber bezeichnet den Beginn der richterlichen Thätigkeit, welche sich mit einer Sache befaßt; [91a]) die Vorschrift geht also dahin, daß die Klagverhandlung so bald als möglich nach Einbringung des Klaglibells stattfinden soll.

Ohne Zweifel war es Justinians Wille, daß auch der weitere Verlauf des Verfahrens thunlichst beschleunigt werde. Indessen blieb die Art und Weise dieser Beschleunigung dem richterlichen Ermessen für den Einzelfall anheim-

91a) Vgl. l. 2 §. 2 Cod. Theod. ad leg. Corn. de falso 9, 19: anni — cuius exordium testatae apud iudicem competentem actionis nascetur auspicium.

gestellt; eine eigenthümliche Procedurform hat sich dafür nicht entwickelt.[92]) So durfte der Institutionentitel de interdictis 4, 15 um so eher darüber schweigen, als unsre l. 4 Cod. cit. an maßgebender Stelle das Erforderliche bemerkte.[92a])

Es bestand also immer noch ein Vorzug des Verfahrens in den alten Interdictensachen. Und daraus erklärt es sich, daß noch die Compilation zum Schutze der Ausbesserung des Weges dem Servitutberechtigten neben der confessoria actio das interdictum de itinere reficiendo zur Auswahl verstellt. Ohne jene Beschleunigung würde das letztere Rechtsmittel nicht nur völlig überflüssig, sondern geradezu nachtheilig sein, da es außer dem vollen Beweise der Gerechtsame den Nachweis ihrer fehlerfreien Ausübung im letzten Jahre erheischt.[93])

Anderseits indessen erscheint dieser Vorzug der Interdictenklagen nicht so erheblich, daß er Justinian davon zurückhalten konnte, das in seinen Voraussetzungen und Zielen mit der actio Pauliana im ganzen zusammentreffende interdictum fraudatorium[94]) zu einer einzigen actio in factum zu verschmelzen.

Und wenn die Interpolation, welche das Salvianum zu einem provisorischen Rechtsbehelfe gemacht hat,[95]) überhaupt auf überlegter Absicht beruht, so erklärt letztere sich vielleicht aus dem Bestreben, damit zwischen dieser actio

92) S. v. Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 348 f.

92a) Hierdurch dürfte sich das Bedenken Schmidts a. a. O. S. 349 erledigen.

93) L. 3 §. 11 D. de it. actuq. priv. 43, 19. S. oben §. 1839 Ziffer 115 zu N. 81a S. 373 f. — Heimbach in Weiskes Rechtslexikon Bd. 5 S. 556 zu N. 290 f.

94) S. oben §. 1835a Ziffer 29 zu N. 51 ff. Thl. 1 S. 167 ff. §. 1839 Ziffer 115 zu N. 58 S. 364.

95) S. oben §. 1835a Ziffer 29 Thl. 1 S. 167 f. zu N. 47 ff.

ex causa interdicti und der Serviana, welche ungeachtet jener unbestimmten Beschleunigung der Interdictsklage für das ihnen gemeinsame Anwendungsgebiet sich praktisch kaum noch unterschieden, einen bemerkenswerthen Unterschied wieder herzustellen.

Wie sich neben dem beschleunigten Verfahren der extraordinären Interdictenklagen für eine Anzahl verbietender Interdicte die exsecutio iure potestatis behaupten konnte,[96]) werden wir demnächst zu zeigen versuchen.[97])

124. Ueber den Inhalt der ex causa gebietender Interdicte stattfindenden actiones extraordinariae ist kein Streit. Abgesehen davon, daß ein derartiges Interdict die Obliegenheit des Impetraten nur im ganzen bezeichnet hatte, dagegen die Verurtheilung aus einer solchen Klage die Verpflichtung des Beklagten im einzelnen angiebt, ist diese Verurtheilung sachlich auf das Gleiche gerichtet, was ehedem im Interdicte befohlen worden war. Während jedoch dem Interdicte, weil dasselbe vor Feststellung seiner Voraussetzungen erging, verbindliche Kraft nur dann zukam, wenn jene Voraussetzungen demnächst erwiesen wurden, erfolgt die Verurtheilung in der actio ex causa eines gebietenden Interdictes unbedingt, weil sie erst ergehen kann, nachdem der Richter sich vom Dasein ihrer Voraussetzungen überzeugt hat.

Nun deckte, wie wir wissen,[98]) das iudicium secutorium und ebenso die actio arbitraria aus einem gebietenden Interdicte den Inhalt des letztern vollständig. In-

96) S. l. 1 §§. 1 sq. D. de migr. 43, 32. l. 5 §. 27 D. ut in poss. legat. 36, 4. l. 3 pr. §. 1 D. ne vis fiat ei 43, 4. l. 1 §. 2 D. si ventris hom. 25, 5 (oben S. 380 f.).

97) S. unten Ziffer 126.

98) S. oben §. 1837b Ziffer 79 Thl. 1 S. 513 verbunden mit §. 1838b Ziffer 92 S. 127. Ziffer 93 S. 134 f.

sofern läßt sich auch sagen, die actio ex causa eines solchen Interdicts habe den gleichen Inhalt, wie ihn das iudicium secutorium oder die actio arbitraria aus demselben hatte. Gleichwohl würde es eine irrige Vorstellung sein, nach dem Untergange des alten Interdictenverfahrens sei an die Stelle des ehedem im Interdicte persönlich ausgesprochenen Imperativs einfach der selbstverständliche Imperativ des dem Interdicte zugrundeliegenden Rechtssatzes getreten, so daß die actio ex causa interdicti in der That nichts Anderes sei, als das alte iudicium secutorium oder die alte actio arbitraria ex interdicto reddito. Von dieser Vorstellung aus würde man folgerichtig dazu gelangen, sämmtliche Wirkungen des interdictum redditum, soweit dieselben nicht etwa, wie die processualische Consumption, ihrem Wesen nach eine gerichtliche Verhandlung erfordern, schon mit demjenigen Augenblicke eintreten zu lassen, in welchem die Voraussetzungen für jenen selbstverständlichen Imperativ des Gesetzes zuerst vorliegen. Namentlich würde hiernach sofort mit dem Dasein der Restitutionspflicht gemäß dem allgemeinen Gebote die Haftung des Restitutionspflichtigen hinsichtlich der Früchte sich in gleicher Weise steigern müssen, wie dies ehedem ex interdicto reddito geschah.[99]) Wenn, soviel ich sehe, noch niemand diese Folgerung aus jenem fehlsamen Vordersatze wirklich gezogen hat, so erklärt sich das wohl nur daraus, daß man jenen Vordersatz selbst nicht begriffsmäßig entwickelt, sondern gewissermaßen als selbstverständlichen aus einer ungenauen Auffassung des §. 8 J. de interd. 4, 15 entnommen hat. Man versteht nämlich die Worte:

> perinde iudicatur sine interdictis, atque si utilis actio ex causa interdicti reddita fuisset —,

als ob sie vielmehr lauteten:

> perinde atque si interdictum redditum fuisset.

99) S. oben §. 1838 Ziffer 88 S. 63 f. zu N. 7.

Wäre dies ihre Bedeutung, so würde man allerdings mit Recht sagen können, die actio extraordinaria ex causa interdicti sei an die Stelle des iudicium secutorium oder der actio arbitraria ex interdicto getreten. In Wahrheit dagegen sprechen jene Worte aus, es werde ohne Interdicte in gleicher Weise geurtheilt, wie wenn aus dem Grunde, aus welchem ehedem ein Interdict erging, eine gewöhnliche Klage gegeben wäre. Dies aber kann „nur bedeuten, daß man aus der causa des Interdicts kein Interdict mehr zu fordern braucht, sondern gleich direct klagen kann. Dann ist mithin die neue Klage an die Stelle der alten Klage auf das Interdict, nicht aus dem Interdicte getreten. Im übrigen aber soll der Sache nach perinde iudicari.“ [100])

Ist immerhin jene falsche Auffassung des §. 8 cit. J. de interd. hinsichtlich der actiones ex causa gebietender Interdicte ohne praktische Folge geblieben, so ist sie desto verhängnißvoller geworden hinsichtlich der actiones ex causa verbietender Interdicte. Hier hat sie zu der Behauptung geführt:

„aus denjenigen Stellen des Edicts, welche prohibitorische Interdicte darbieten, kann man nicht mehr vor der Verletzung Klage erheben, nur nach derselben;“ [1])

„prohibitorische Interdicte giebt es in dem neueren Rechte nicht mehr, vielmehr haben sie insgesammt einen restitutorischen Charakter angenommen.“ [2])

100) Bruns Besitzklagen S. 53 f.

1) Schmidt a. a. O. S. 328.

2) Das. S. 329. Auf diese Behauptung paßt allerdings, was Windscheid Pandekten Bd. 1 §. 159 N. 3 irrig gegen Bruns einwendet, es habe sich nach ihr mit dem Wegfall des ordo iudiciorum der Inhalt des klägerischen Anspruchs geändert, während §. 8 cit. J. doch offenbar

Es ist freilich durchaus richtig, wenn Schmidt[3]) hierzu bemerkt: „das Interdict wird nicht mehr ausgesprochen; die Klage ist zu behandeln, wie lautete die Edictsstelle: si quis dicetur — —, in factum iudicium dabo. Wäre dem anders, so hätte es irgendwo in dem corpus iuris ausdrücklich gesagt werden müssen, namentlich war es dann die ganz unabweisbare Aufgabe der Institutionenverfasser, dieser wichtigen Besonderheit in dem angeführten achten Paragraphen zu gedenken. Ueberdies wäre unter der entgegengesetzten Voraussetzung die erwähnte Rubrik der Pandekten in ihrer Allgemeinheit irrig.“ [4])

Indessen verliert vorstehende Ausführung alle Beweiskraft hinsichtlich des angeblichen Inhalts der fraglichen Klagen, sobald wir die von Schmidt in jener fingirten Edictsclausel gelassene Lücke in der allein statthaften Weise ergänzen. Schmidt selbst denkt sie offenbar ergänzt durch den Hinweis auf eine bereits der Vergangenheit angehörige Thatsache, z. B.: si quis dicetur quid in loco publico fecisse inve eum immisisse, qua ex re quid illi damni datum sit etc. [4a]) Allein das Interdict, an dessen Stelle diese Klage getreten sein soll, lautete: Ne quid in loco publico facias inve eum locum immittas, qua ex re etc., — bezog sich also auf die Zukunft; die

nur sagen will, daß der Wegfall des ordo lediglich processualische Bedeutung habe.

3) Das. S. 328.

4) Der letzte Satz bildet die Note 4 der S. 328.

4a) Ganz ähnlich hatte früher Bruns das Recht des Besitzes im Mittelalter S. 51 N. 1 behauptet, im justinianischen Rechte sei es hinsichtlich des Uti possidetis so, als ob das prätorische Edict geradezu wie bei anderen Klagen hieße: Si quis possidenti vim fecerit, iudicium dabo. Zustimmend z. B. Eck die sog. doppelseitigen Klagen S. 59 zu N. 203.

aus der causa des Interdicts ertheilte Klage kann mithin nur versprochen sein für den Fall, si quis dicetur quid in loco publico facturus inve eum immissurus esse etc.

Daraus aber ergiebt sich das gerade Gegentheil der von uns angefochtenen Behauptung: die Klage setzt die Verletzung eines Verbotes ganz und gar nicht voraus; sie bezweckt vielmehr die Verhinderung einer solchen Verletzung.

Selbstverständlich ist dies nicht so aufzufassen, als ob im justinianischen Verfahren das Urtheil auf ein Verbot gelautet hätte; vielmehr gestaltete sich der Verlauf der actio ex causa eines prohibitorischen Interdictes in folgender Weise. Erkannte der Richter die Besorgniß des Klägers vor einer Handlung, welche eben verboten werden sollte, als begründet an, so forderte er den Beklagten auf, dem Kläger die Unterlassung dieser Handlung und für den Fall des Zuwiderhandelns eine bestimmte Geldsumme zu promittiren. Kam der Beklagte dieser Aufforderung nach, so wurde er nunmehr freigesprochen; wo nicht, so konnte er freilich nicht zur Leistung der verweigerten Caution verurtheilt werden, denn noch zu Justinians Zeit wurde auf ein facere i. d. S., und ein solches ist das cavere, nicht verurtheilt; [5]) dagegen erging die Verurtheilung auf die litis aestimatio, deren Betrag der Kläger durch iusiurandum in litem feststellte. [6])

Eine derartige Caution fand nun nicht blos in denjenigen Fällen statt, in welchen schon in dem iudicium secutorium des classischen Rechtes der Impetrat nur durch Cautionsleistung die Verurtheilung hatte vermeiden können, [7]) sondern bei allen Klagen ex causa prohibitorischer Inter-

5) L. 13 §. 1 D. de re iud. 42, 1.
6) Arg. l. 7 i. f. D. si serv. 8, 5.
7) S. oben §. 1838e Ziffer 104 S. 270 ff.

dicte, — es müßte denn nach Erhebung der Klage die befürchtete Verletzung des Verbotes bereits erfolgt, eine Wiederholung derselben jedoch nicht zu befürchten gewesen sein, mithin die Klage sich mit der Ersatzleistung für den angerichteten Schaden erschöpft haben.

In dieser allgemeinen Nothwendigkeit der Caution liegt allerdings ein Unterschied der neuen Klage vom alten Interdictenverfahren; allein derselbe rechtfertigt sich von selbst, weil er durch die Aenderung des Proceßganges geboten wird. Solange das Interdict ohne Beweis seiner edictsmäßigen Voraussetzungen erging, würde das Ansinnen einer Caution, und zwar auch einer bloßen Verbalcaution, eine unbillige Belästigung des Impetraten gewesen sein; erst wenn ein Zuwiderhandeln gegen das Interdict nachgewiesen worden war, und gleichzeitig die Besorgniß eines wiederholten Zuwiderhandelns bestand, erschien jenes Ansinnen begründet: sein Platz war also erst im iudicium secutorium. Jetzt dagegen setzt die Verurtheilung in der Klage ex causa eines prohibitorischen Interdictes stets den Nachweis voraus, daß eine Verletzung des hinter dem Interdicte stehenden, im Edicte ausgesprochenen Verbotes mit Grund besorgt werde: der Beklagte darf sich also nicht beschweren, wenn er aufgefordert wurde, diese Besorgniß zu beseitigen. Daß Justinians Compilation jenen Unterschied nicht hervorhebt, kann nicht befremden: einerseits ergiebt er sich von selbst, anderseits hätte er sich in den Pandekten ohne sehr erhebliche Interpolationen nicht bezeichnen lassen. [7a])

Sofern übrigens zwischen Litiscontestation und Urtheil die befürchtete Verletzung des im Edicte ausgesprochenen

7a) Diese Auffassung dürfte Justinianen gerechter sein, als diejenige Wetzells, System §. 46 nach N. 39, „daß die Cautionen des Verklagten im justinianischen Proceß keinen rechten Boden haben."

Verbotes eintritt, erweitert sich ganz ebenso, wie bei der negatoria und der confessoria in rem actio, [8]) der Inhalt der Klage um den Anspruch auf Schadensersatz wegen dieser Verletzung. [8a]) Und wo dieselbe in der Fortdauer eines vom Beklagten veranlaßten Zustandes liegt, geht die Klage, wiederum der negatoria und der confessoria entsprechend, auch auf dessen Beseitigung. [9]) M. a. W. die actio extraordinaria ex causa eines prohibitorischen Interdictes nimmt neben dem Inhalte des Interdicts selbst eventuell auch den Inhalt des iudicium secutorium daraus in sich auf. In diesem Falle also betrifft die ganze Aenderung gegenüber dem alten Rechte ausschließlich das Verfahren: ihretwegen hatten die Compilatoren zu einer weitern Erläuterung durchaus keinen Anlaß.

Gerade umgekehrt steht es um die herrschende Ansicht: nach ihr ersetzt die actio ex causa interdicti lediglich das ehemalige iudicium secutorium; den Inhalt des Interdictes selbst deckt sie in keinem Puncte. Darin aber läge doch gewiß eine so tief eingreifende Aenderung des materiellen Rechtes, daß deren Nichterwähnung in Justinians Institutionen nicht füglich verständlich sein würde.

Noch weiter würde die Aenderung des alten Rechtes gemäß der herrschenden Auffassung gehen, wenn es vollends

8) Jhering das Schuldmoment S. 26 zu N. 4a. Sofern der Hinweis auf die Natur dieser Klagen als actiones arbitrariae bei Windscheid Pandekten Bd. 1 §. 198 N. 5 einen Widerspruch hiergegen enthält, wird derselbe dadurch widerlegt, daß, wie Lenel ed. perp. S. 152 bewiesen hat, dieselben in Wahrheit nicht arbiträr waren, falls sie sich nicht auf den ususfructus bezogen. das. S. 149. — Zur Sache vgl. unten zu N. 38.

8a) A. M. Bruns Besitzklagen S. 56 f., welcher die Klage auch auf Ersatz eines frühern Schadens giebt.

9) Vgl. unten zu N. 39.

richtig wäre, daß jede Klage ex causa eines prohibitorischen Interdictes als Klage wegen einer durch das Edict verbotenen Handlung eine Delictsklage wäre.[10]) Alsdann würden die Erben dessen, der eine solche Handlung begangen, im Rechte Justinians haften, in quantum ad eos pervenit, während sie nach Maßgabe des Interdictenverfahrens für jene Handlung grundsätzlich nur dann haften, wenn dieselbe nach Erhebung der Klage ex causa interdicti begangen worden oder eine fortdauernde Einrichtung bewirkt hat, welche dem Verbote zuwider besteht.[11]) Es wäre jedoch in der That überaus seltsam, hätte die Aenderung des Verfahrens eine derartige Umgestaltung des materiellen Rechtes zur Folge gehabt! Man vergegenwärtige sich obendrein, daß die interdicta retinendae possessionis nicht einmal obligatorische, sondern dingliche Rechtsmittel gewesen sind:[12]) nun sollten sie Delictsklagen sein?!

Schwerlich lassen sich diese Bedenken mit der Bemerkung zurückschlagen, es bestehe im justinianischen Rechte für eine Klage vor der That kein praktisches Bedürfniß mehr, wie Schmidt[13]) dies auszuführen sucht. Im classischen Rechte, sagt er, habe allerdings die Zulässigkeit der actio mit condemnatio davon abgehangen, daß ein zur Unterlassung verpflichtendes Interdict vor der That ergangen war; jetzt aber habe man die Klage ohne vorhergehendes Interdict: somit erscheine ein jedes Angehen des Richters vor der That vollkommen nutzlos, es sei denn, daß man eine Verurtheilung vor der Verletzung annehmen wollte. Allerdings habe man dies mittels der Behauptung versucht, das Urtheil laute auf Caution. Allein eine Verbalcaution

10) Schmidt a. a. O. S. 329 f.

11) Vgl. oben §. 1838 Ziffer 88 S. 69 f. zu N. 17 ff.

12) S. oben §. 1839a Ziffer 117 S. 398 ff.

13) A. a. O. S. 328 f.

würde einer jeden praktischen Bedeutung entbehren, da man jetzt die Klage nach der That von selber habe; die Forderung einer Realcaution dagegen sei absolut unzulässig, denn das vielfach aufgestellte Erforderniß der Drohung für ein prohibitorisches Interdict sei nicht quellenmäßig, [14]) jene Forderung würde also darauf hinauslaufen, daß beliebig von jedermann Realcautionen begehrt werden dürften.

So richtig es ist, daß von einer Realcaution nicht die Rede sein kann, so völlig verkennt Schmidt die große Bedeutung, welche dem Anspruche auf Verbalcaution ex causa interdicti vor der That auch dann zukommen würde, wenn wirklich nach der That ohne weiteres eine Klage auf Schadensersatz stattfände.

Vorzugsweis tritt diese Bedeutung da heraus, wo die Caution das Unterlassen einer gewissen Handlungsweise unter bestimmter Strafe für jedes Zuwiderhandeln zusagt. Die Ersatzklage erheischt für jeden Einzelfall genauen Beweis des Schadens; die Caution macht diesen Beweis überflüssig; zudem geht die versprochene Strafe meist über den Betrag des wirklichen Schadens nicht unerheblich hinaus. Unverkennbar also ist ein Verhältniß weit wirksamer geschützt, wenn jede Verletzung desselben unter derartige Strafe gestellt worden ist, als wenn immer nur der Ersatz des nachweisbaren Schadens gefordert werden kann. Auf solche Ersatzforderungen aber würde man unabänderlich beschränkt bleiben, wenn nicht die actio ex causa eines prohibitorischen Interdictes von vornherein die Verhinderung künftiger Verletzung bezweckte: es würde alsdann durchaus unzulässig erscheinen, etwa mit der ersten oder einer folgenden Ersatzklage neben dem Schadensersatze zugleich eine Caution wegen künftiger Verletzung zu erzwingen. Aber auch da, wo sie die Strafe nicht für jedes Zuwiderhandeln verspricht, sondern

14) S. oben §. 1837 Ziffer 65 Thl. 1 S. 379 f.

lediglich für eine einzelne, gerade befürchtete, Störung, gewährt die Verbalcaution unleugbaren Vortheil, und zwar keineswegs blos dadurch, daß sie auch hier im Falle jener Störung den Beweis des Schadensbetrages unnöthig macht und oft mehr gewährt, als den Ersatz des wirklichen Schadens: sie wird, wie ehedem das Interdict selbst es gethan hat, gewiß nicht selten der Störung erfolgreich vorbeugen. Und es ist doch nicht so ganz gleichgültig, ob z. B. der Versuch des Verpächters, das ihm verpfändete Inventar des Pächters in Besitz zu nehmen, erst in greifbarer Thatsächlichkeit zurückgewiesen sein muß, damit er nunmehr mittels der actio ex causa Salviani auf Ersatz klagen könne, oder ob mittels dieser Klage der Pächter schon bei begründeter Besorgniß seiner Widersetzlichkeit zu einer Caution gezwungen wird, welche geeignet erscheint, ihn von wirklicher Widersetzlichkeit zurückzuhalten. Wie leicht kommt es sonst zu ernsten Thätlichkeiten!

Nun aber ist es obendrein falsch, daß ohne vorgängige Erhebung einer Klage ex causa eines prohibitorischen Interdictes Ersatz für Schaden verlangt werden könnte, welcher aus einer Verletzung des durch ein solches Interdict geschützten Verbotes erwachsen ist. Auch in der Compilation sind die Klagen ex causa prohibitorischer Interdicte genau in der gleichen Weise prohibitorisch geblieben, wie es jene Interdicte selbst gewesen waren; sie sind keineswegs restitutorisch geworden.

Dies bezeugt zunächst mit vollster Deutlichkeit §. 1 J. de interd. 4, 15:

Summa autem divisio interdictorum haec est,[15]) quod aut prohibitoria sunt aut restitutoria aut exhibitoria.

15) Man beachte wohl, daß hier die Zeitform des Präsens aus Gai. IV, 142 beibehalten ist, während das principium von dem ursprünglichen Wesen der Interdicte im

prohibitoria sunt, quibus *vetat* aliquid fieri, veluti vim sine vitio possidenti, vel mortuum inferenti, quo ei ius erit inferendi, vel in loco sacro aedificari, vel in flumine publico ripave eius aliquid fieri, quo peius navigetur. [15a]) restitutoria sunt, quibus restitui aliquid iubet etc.

Dem entsprechend bezeichnen zahlreiche Stellen der Compilation als Zweck einzelner prohibitorischer Interdicte eben ein prohibere, vetare, prospicere ne fiat oder dergleichen, ein pertinere ad ea, quae nondum facta sunt. [16])

Imperfectum redet: Erant autem interdicta formae et conceptiones verborum, quibus praetor aut iubebat aliquid fieri aut fieri prohibebat (Gai. IV, 139: et in summa aut iubet aliquid fieri aut fieri prohibet). quod tum maxime faciebat, cum de possessione aut quasi possessione inter aliquos contendebatur (Gai. l. c.: quod tum maxime facit, cum de possessione aut quasi possessione inter aliquos contenditur).

15a) Vgl. auch Theophil. ad h. l. (oben Thl. 1 S. 355).

16) L. 1 D. ne quid in loco publ. 43, 8: — praetor prohibet aedificare et interdictum proponit. l. 2 eod. §. 2: propter quod (sc. ad prohibendum) si quod forte opus in publico fiet, — hoc interdictum propositum est. §. 7: Si quis — reficere voluit, hoc interdicto locum esse — ad prohibendum eum reficere. §. 19: in loco — sacro non solum facere vetamur, sed et factum restituere iubemur. L. 1 §. 1 D. de loco publ. fruendo 43, 9: Interdictum hoc — tuetur — vectigalia publica, dum prohibetur quis vim facere ei, qui id [publicum *ins.* M.] fruendum conduxerit. L. 1 §. 12 D. ne quid in flum. publ. 43, 13: superius (interdictum) — prohibitorium est et pertinet ad ea, quae nondum facta sunt. — si quid ne fiat prospicitur, superiore interdicto erit utendum. L. 1 §. 4 D. uti poss. 43, 17: huius rei causa redditur (sc. interdictum Uti possidetis), ne vis fiat ei, qui possidet. — hoc in-

Besonders scharf tritt der grundsätzliche Gegensatz zwischen den Klagen ex causa prohibitorischer und denjenigen ex causa restitutorischer Interdicten in einigen Fällen heraus, in denen ehedem je nach den Umständen ein Interdict der einen oder der andern Classe stattgefunden hatte. Diese Fälle betreffen den Schutz der öffentlichen Wege, der loca sacra, der Schifffahrt auf öffentlichen Flüssen, des Wasserlaufs öffentlicher Flüsse, und endlich der öffentlichen Cloaken. [17]) Die Thatsache, daß die Compilation jene Doppelheit von Klagen beibehalten hat, ist nur dann verständlich, wenn die Klagen ex causa der hierher gehörigen prohibitorischen Interdicte auf Verhinderung der verbotenen Vornahmen abzwecken, dagegen auf Schadensersatz wegen eines vor der Klagerhebung vorgenommenen Handelns und Beseitigung verbotswidrigen Anlagen nicht gerichtet sind, während dieser letztere Zweck ausschließlich durch die Klagen ex causa der restitutorischen Interdicte verfolgt wird. Und so finden wir es in der That wenigstens für die Klagen zum Schutze des Wasserlaufes aus-

terdictum tuetur, ne amittatur possessio. L. un. Cod. eod. 8, 6: Uti possidetis fundum — rector provinciae vim fieri prohibebit. L. 1 §. 5 D. de cloac. 43, 23: Hoc interdictum — prohibitorium est, quo prohibetur vicinus vim facere, quo minus cloaca purgetur et reficiatur. §. 9: Idem Labeo etiam eum, qui privatam cloacam in publicam immittere velit, tuendum, ne ei vis fiat. l. 2 eod.: interdicendum —, ne facienti cloacam vis fiat. L. 20 §. 10 D. de O. N. N. 39, 1: Hoc interdictum (sc. ne vis fiat aedificanti) prohibitorium est, ne quis prohibeat facere volentem eum, qui satisdedit. L. 9 D. de relig. 11, 7: Liberum est ei, qui prohibetur mortuum ossave mortui inferre — interdicto uti, quo prohibetur ei vis fieri.

17) S. oben §. 1837 Ziffer 61 N. 59 Thl. 1 S. 359.

drücklich bezeugt in l. 1 §. 12 D. ne quid in flum. publ. 43, 13.[18])

Schmidt[19]) hat es allerdings in höchst scharfsinniger Weise versucht, die Doppelheit der Klagen auch von seiner Auffassung der actiones aus prohibitorischen Interdicten zu erklären. „Ein Blick auf die fraglichen Interdicte," sagt er, „zeigt nämlich, daß die aus den prohibitorischen Formen zu gewährenden actiones nur gegen den Thäter selber gerichtet werden können, aber abgesehen davon, ob er das hat, was er machte, die aus den restitutorischen dagegen nur gegen den Habenden, aber abgesehen davon, ob er der Urheber sei oder nicht. Deshalb erscheint auch in dem neuesten Rechte keine der beiden Formen als beseitiget. Wenn der Thäter noch detinirt, was er gemacht hat, so reicht das restitutorische Interdict wider ihn aus, detinirt er dagegen nicht mehr, so wird der Theorie nach aus dem prohibitorischen Interdicte gegen ihn geklagt. Dogmatisch gestaltet sich daher z. B. für den Fall von Fr. 2 §. 20. 35 ne quid in loco publico fiat die Sache so: wenn auf einem öffentlichen Wege eine denselben benachtheiligende Anlage gemacht worden ist, so kann 1) gegen den Detinenten derselben, 2) gegen ihren Urheber, auch wenn er nicht detinirt, geklagt werden. — Der zweite Fall wäre ohne die Aufnahme des prohibitorischen Interdicts in die Pandekten nicht vorhanden."

Dabei hat Schmidt jedoch übersehen, daß dem wirklichen Inhaber gleich auch derjenige haftet, qui dolo malo fecit, quo minus possideret vel haberet. Dies ist uns

18) S. oben Thl. 1 S. 358.

19) A. a. O. S. 330 f. unter 1. Zustimmend Windscheid Pandekten §. 467 N. 5. Den übrigen prohibitorischen Popularinterdicte läßt Windscheid auch in ihrer heutigen Anwendung die Richtung auf ein Verbot. Worauf er diese Unterscheidung stützt, ist nicht ersichtlich.

gerade für das restitutorische Interdict de via publica bezeugt,[20]) wie nicht minder für das restitutorische Interdict zum Schutze des Wasserlaufes;[21]) ja, ersteres wird utiliter sogar gegen den Urheber ertheilt, welcher die Anlage bona fide derelinquirt hat.[22]) Und gemäß der Regel: semper qui dolo fecit, quo minus haberet, pro eo habendus est, ac si haberet,[23]) dürfen wir das Gleiche auch für die übrigen hierher gehörigen restitutorischen Interdicte annehmen. Als dolo desinens habere aber wird der Urheber der Anlage, der sich derselben entäußert, wo nicht stets, so doch in vielen Fällen haften: weiß er doch, oder mußte er wenigstens wissen, daß er zu deren Beseitigung auf eigne Kosten verpflichtet ist. Es lag also schwerlich ein Bedürfniß vor, des nicht besitzenden Thäters halber die Klagen aus den entsprechenden prohibitorischen Interdicten beizubehalten, wenn dieselben im übrigen nutzlos gewesen wären; — hatte es doch nach Schmidts eigner Auffassung der prohibitorischen Interdicte[24]) im classischen Rechte wegen einer bereits gemachten Anlage in den nämlichen Fällen, in denen dies nach unserer Ansicht auch heute noch so ist, an einem Rechtsmittel gegen den nicht besitzenden Thäter gefehlt.[24a])

20) L. 2 §. 42 D. ne quid in loco publ. 43, 8 (s. oben §. 1837 Ziffer 58 Thl. 1 S. 337.

21) L. un. §. 13 D. ne quid in flum. 43, 13 (s. oben Thl. 1 S. 336).

22) L. 2 §. 39 D. ne quid in loco publ. 43, 8 (s. oben Thl. 1 S. 337 f.).

23) L. 157 §. 1 D. de R. J. 50, 17 (s. oben Thl. 1 S. 337).

24) A. a. O. S. 57 f.

24a) Wozu sonst das utile interdictum restitutorium gegen den derelinquirenden Urheber, wenn derselbe schon mit dem prohibitorium gehaftet hätte?

Ueberaus geistreich hat Schmidt[25]) seine Darlegung durch Bezugnahme auf die Behandlung der beiden Interdicte de loco sacro in der Compilation unterstützt. Das restitutorische dieser Interdicte wird allerdings in den Pandekten gelegentlich erwähnt, nämlich nicht nur in l. 2 §. 19 D. ne quid in loco publ. 43, 8,[26]) sondern auch in l. 2 §. 1 D. de interd. 43, 1[27]) und in l. 1 §. 1 D. de O. N. N. 39, 1;[28]) dagegen wird es in dem Titel ne quid in loco sacro fiat D. 43, 6 gar nicht berührt, so daß es den Anschein gewinnt, als ob Justinian dasselbe nicht mehr für praktisch gehalten habe. Schmidt meint nun, wenn das Interdict, was übrigens, wie er ausdrücklich bemerkt, nicht nachzuweisen sei, etwa lediglich gegen den Thäter selbst gerichtet, also „quod in loco sacro fecisti" gefaßt gewesen wäre, nicht „quod factum habes," so würde gerade darin der zureichende Grund für seine Beseitigung zu finden sein; dann nämlich wäre es für das justinianische Recht völlig überflüssig, weil in der das prohibitorische Interdict darbietenden Edictsstelle mitenthalten. Indessen ist es nicht allein unerweisbar, daß das restitutorische Interdict de loco sacro auf quod fecisti gelautet habe: es dürfte sich vielmehr aus der Uebereinstimmung der drei Stellen, welche dasselbe erwähnen, mit völliger Sicherheit ergeben, daß es, wie die restitutorischen Interdicte in den übrigen Fällen, auf „quod factum est" gelautet hat. Schon

25) A. a. O. S. 330 f. N. 9.

26) — in loco — sacro non solum facere vetamur, sed et factum restituere iubemur.

27) Interdicta autem competunt vel hominum causa vel divini iuris aut de religione, sicut est „ne quid in loco sacro fiat" vel „quod factum est, restituatur" etc.

28) — si quid operis fuerit factum, quod fieri non debuit, — erit transeundum ad interdictum — „quod in loco sacro religiosove — factum erit."

deshalb kann der Anlaß zu seiner stillschweigenden Beseitigung in der Compilation nicht da liegen, wo Schmidt ihn vermuthet. Wenn dasselbe wirklich beseitigt worden ist, so ist dies vielleicht am einfachsten daraus zu erklären, daß seine Aufgabe sicherer und vollständiger durch das amtliche Einschreiten derjenigen erfüllt wurde, welchen die Obhut für geweihte Gebäude und Plätze anvertraut war, [29]) während man zur Verhinderung von Eingriffen in den Frieden dieser Sachen die Mitwirkung des Publicums immer noch für dienlich hielt und deshalb die Klage ex causa des prohibitorischen Interdicts bestehen ließ. Ist diese Anschauung richtig, so würde also das Verschwinden der Klage ex causa des restitutorischen Interdictes gerade umgekehrt dafür zeugen, daß die beibehaltene Klage ex causa des prohibitorischen Interdictes auf das Verbot künftiger Eingriffe gerichtet war.

Ein unzweifelhaftes Zeugniß hierfür liefert uns sodann die in die Compilation herübergenommene Concurrenz der Klage aus den prohibitorischen Interdicten Ne vis fiat ei qui immissus est für den legatorum vel fideicommissorum nomine missus und die ventris nomine missa mit der actio in factum wegen geschehener Behinderung an der Ausführung der missio. [30]) Den Vortheil, welchen das alte Interdictenverfahren mittels der poena sponsionis gewährt hatte, [31]) ist verschwunden; ein Vorzug der actio ex causa interdicti kann einzig und allein in dem Umstande

29) L. 1 §. 3 D. ne quid in loco sacro 43, 6: Sed et cura aedium locorumque sacrorum [Sed et cura locorum sacrorum *scr.* M.] mandata est his, qui aedes sacras curant.

30) L. 5 §. 27 D. ut in poss. legat. 36, 4. l. 3 pr. D. ne vis fiat ei 43, 4 vbd. mit l. 1 §. 2 eod. L. 3 §. 2 eod. S. oben §. 1839 Ziffer 115 S. 358 ff.

31) S. das. S. 372.

erblickt werden, daß sie grundsätzlich das Unterbleiben der Verhinderung für die Zukunft erstrebt. [31a])

Mit wünschenswerthester Deutlichkeit tritt eben dies als Wesen der Klage ex causa eines prohibitorischen Interdictes heraus in l. 9 D. de relig. 11, 7, [32]) wo der Unterschied des interdictum de mortuo inferendo, also in der Compilation der Klage an dessen Stelle, und der actio in factum auf Schadensersatz wegen verhinderter Beerdigung behandelt und damit als praktischer anerkannt wird. Wenn es hier heißt, der Verhinderte könne entweder statim interdicto uti, quo prohibetur ei vis fieri, oder alio inferre et postea in factum agere, so ist das im Sinne der Compilation ganz unstreitig nur so zu verstehen, daß die actio ex causa interdicti vor der Beerdigung, also auf Unterlassen von deren Behinderung, anzustellen sei; im Gegensatze dazu wird von der actio in factum gesagt: per quam consequetur actor, quanti eius interfuerit prohibitum non esse.

„Eine wahre Schwierigkeit" endlich bietet für die Ansicht Schmidts [33]) die Bedeutung des interdictum Ne quid in loco publico fiat in der Compilation. „Hier," sagt der genannte Gelehrte, „wurde in dem ältern Recht ein restitutorisches Interdict ausdrücklich versagt, weil niemand Gebäude, welche er auf öffentlichem Grund und Boden — ungewarnt aufgeführt hat, niederzureißen genöthigt sein soll. [34]) In dem neuesten Rechte nun würde die allgemeine Consequenz dazu führen, daß auch aus dieser prohibitorischen Interdictsstelle des Edicts eine Klage nach der

31a) Vgl. oben §. 1837 Ziffer 67 Thl. 1 S. 399 zu N. 47aa.
32) S. oben S. 2.
33) A. a. O. S. 332 f. unter 3.
34) L. 2 pr. §. 17. l. 7 D. ne quid in loco publ. 43, 8 (s. oben Thl. 1 S. 356 f.).

That ohne weiteres statthabe. Allein dem widerspricht entschieden die Absicht der Compilatoren. Sie haben jene Stellen offenbar nicht ohne Ueberlegung aufgenommen; und auch die Basiliken (LVIII, 8, 8) tragen dasselbe vor ohne irgend eine Aenderung. Welches nun das Resultat für das justinianische Recht sei, das ist bei völligem Schweigen der Quellen nicht mit Gewißheit zu ermitteln. An das Aussprechen des Interdicts durch den Magistrat kann ein für alle Mal nicht gedacht werden. Ich vermuthe, die Praxis werde das nemine prohibente in Fr. 2 §. 17 und in Fr. 7 dahin verstanden haben, daß der Privatmann, welcher klagen will, selber dem Bauenden ein warnendes Verbot habe zukommen lassen müssen, ähnlich wie bei dem interdictum Quod vi."

Gewiß sind die Worte nemine oder nullo prohibente in den angeführten Stellen auch von der das Quod vi begründenden prohibitio und nicht minder von der operis novi nuntiatio zu verstehen.[35]) Allein müßten sie ausschließlich von diesen beiden Privatverboten verstanden werden, so würde für eine lediglich auf Wiederherstellung des frühern Zustandes und Schadensersatz gerichtete Klage aus dem interdictum Ne quid in loco publico fiat überhaupt kein Raum übrig bleiben: denn wie einerseits dieselbe neben den aus der Nichtbeachtung dieser Verbote entspringenden Klagen ex causa der restitutorischen Interdicte Quod vi und demolitorium, welche unzweifelhaft auf das bezeichnete Ziel gehen, durchaus zwecklos wäre, so spricht anderseits nicht der geringste Umstand dafür, daß im Gegensatze zu den Klagen aus allen übrigen prohibitorischen Interdicten ein außergerichtliches Verbot zur Voraussetzung jener zwecklosen Klage gemacht werden dürfe. Und doch läßt sich nicht füglich bestreiten, daß sowohl l. 2 §. 17 cit. als l. 7 cit.

35) S. oben §. 1837 Ziffer 61 Thl. 1 S. 356 N. 54a.

D. 43, 8 für den Fall der prohibitio den Anspruch auf Niederreißen des verbotswidrig aufgeführten Bauwerks aus dem interdictum Ne quid in loco publico fiat gewähren, die erstere Stelle vermöge eines unabweisbaren argumentum a contrario, insofern sie für den umgekehrten Fall, wenn niemand prohibirt hat, die Klage gerade aus diesem Interdicte deshalb versagt, quia prohibitorium est interdictum, non restitutorium, — die andre, insofern sie im ursprünglichen Sinne dem Verfahren aus diesem Interdicte, d. h. der sponsio, an adversus edictum praetoris factum sit, und dem secutorium iudicium, dann stattgiebt, wenn der Bau prohibirt, d. h. wenn vor demselben das Interdict erlassen worden war, [36]) was im Sinne Justinians schlechterdings nichts Anderes heißen kann, als: wenn vor dem Bau auf einem öffentlichen Grundstücke die Klage ex causa des Interdicts Ne quid in loco publico fiat angestellt worden ist, so erzwingt dieselbe auch das Niederreißen des nach ihrer Anstellung Gebauten. [37])

Auch unsere Stellen bezeugen demnach, daß die Klagen ex causa prohibitorischer Interdicte in erster Reihe auf Verhinderung desjenigen gehen, was mittels der Interdicte selbst verboten wurde.

Zugleich ist die l. 7 cit. ein Zeugniß dafür, daß die Klage ex causa eines prohibitorischen Interdicts auch den Inhalt des alten iudicium secutorium aus einem solchen in sich aufnimmt, — nämlich für den Fall, daß nach der Litiscontestation etwas geschieht, was sie verhindern soll.

36) Vgl. oben §. 1837 Ziffer 61 Thl. 1 S. 357.

37) Wie Pfersche a. a. O. S. 134 behaupten mag: „die Stellen (l. 2 §. 17 und l. 7 D. 43, 8 cit.) sind in der Compilation stehen geblieben, weil sie mit dem Erlaß des Interdicts nichts zu thun haben, sondern sich auf die auch im späteren Rechte übliche nuntiatio novi operis beziehen“ —, das ist mir völlig unverständlich.

Und damit haben für das justinianische Recht diejenigen Stellen ihre Erklärung gefunden, welche als Voraussetzung für ein prohibitorio interdicto teneri, conveniri posse, für ein interdictum prohibitorium competere, locum habere oder dergl. eine bereits geschehene vis, ein factum, prohibitum esse u. s. w. angeben. Entsprechend ihrer ursprünglichen Bedeutung ist diese vis facta u. s. w. entweder von einer Handlung zu verstehen, welche nach der Litiscontestation aus der Klage ex causa interdicti stattgefunden hat,[38]) oder von einer solchen, welche vom Impetraten zwar vor der Litiscontestation vorgenommen ist, deren fortdauernde Wirkung jedoch als vis, als aedificare, prohibere, immittere adversus edictum gilt.[39])

Wir sehen also: ungeachtet der Beseitigung des alten ordo et exitus interdictorum konnte Justinian mit bestem Fug auch hinsichtlich der prohibitorischen Interdicte sagen: perinde iudicatur sine interdictis, atque si utilis actio ex causa interdicti reddita fuisset.

125. Eine ganze Reihe von Stellen der Compilation, welche wir bereits als Zeugnisse für die interdicta duplicia des classischen Rechtes in §. 1836b betrachtet haben, bekundet für Justinians Recht die Fortdauer der Duplicität für die Klagen ex causa jener Interdicte.[40])

Wie wir gesehen haben,[41]) lag das Wesen der Du-

38) Vgl. oben §. 1837 Ziffer 60 Thl. 1 S. 349 ff. zu N. 45a ff.
39) S. oben §. 1837 Ziffer 63 Thl. 1 S. 369 ff.
40) Es sind: §. 7 J. de interd. 4, 15 (Thl. 1 S. 272 f.); l. 3 §. 1 D. uti poss. 43, 17 (Thl. 1 S. 277); l. 37 §. 1 D. de O. et A. 44, 7 (Thl. 1 S. 277 N. 10a); l. 1 §. 2 D. de superfic. 43, 18 (Thl. 1 S. 279); l. 4 D. uti poss. 43, 17 (Thl. 1 S. 286); l. 1 §. 26 D. aq. cott. 43, 20 (Thl. 1 S. 285 f.).
41) §. 1836b Ziffer 47 zu N. 8 Thl. 1 S. 276 f.

plicität bei jenen Interdicten in der rechtlich gleichen Stellung beider Streittheile, welche auf dem sachlich gleichen Anspruche beider beruhte. Nun war allerdings die Form verschwunden, in welcher ehedem diese par utriusque litigatoris condicio ihren Ausdruck gefunden hatte, nämlich das pari sermone cum utroque loqui des Prätors sowie die Doppelsponsion wegen der nach der Behauptung des Gegners beiderseits verübten vis adversus edictum und was sonst etwa dazu gehört haben mochte, z. B. die fructus licitatio beim Uti possidetis. Unleugbar dagegen bestand die sachliche Grundlage der Duplicität fort; und es kann mithin nur das die Frage sein, in welcher Form das spätere römische Recht ihr noch die processualische Bethätigung gestattete.

Hätte freilich die Klage ex causa der interdicta duplicia, deren Erhebung an die Stelle des Interdictenerlasses getreten war, der heutigen Klagweise entsprechend, ihre Bitte an den Richter auf Verurtheilung des Gegners beschränken müssen, so würde es für den Letztern nur auf dem Wege der Widerklage möglich gewesen sein, eine Verurtheilung des Klägers zu erzielen. Allein, wie in der Klage ex causa eines interdictum prohibitorium simplex die Klagbitte ohne Zweifel dahin ging, der Richter möge nach vorgängiger Untersuchung dem Gegner dasjenige unbedingt verbieten, was ehedem der Prätor demselben im Interdicte bedingungsweis verboten hatte, so, meinen wir, ging in der Klage ex causa eines interdictum duplex die Klagbitte dahin, der Richter möge derjenigen Partei, bei welcher er die Voraussetzungen dafür als erwiesen ansehen werde, unbedingt verbieten, was früher durch das Interdict gleichmäßig einer jeden Partei für den Fall des Vorhandenseins jener Voraussetzungen verboten worden war. Auf diese Weise blieb dem Gegner, wie sonst, die Möglichkeit

offen, ohne Widerklage die Verurtheilung des Klägers zu erzielen. [41a])

Die Durchführung der Doppelstellung beider Parteien hatte sich jetzt erheblich einfacher gestaltet, als früher. So wenig bei den Klagen ex causa der interdicta prohibitoria simplicia die richterliche Entscheidung die Behauptung einer vis adversus edictum facta voraussetzte, so wenig war das bei den Klagen ex causa doppelseitiger Interdicte nothwendig. Vielmehr rechtfertigte bei beiden Interdictenclassen die begründete Besorgniß vor einer Verletzung des hinter dem Interdicte stehenden edictsmäßigen Verbotes die Bitte um richterliche Entscheidung. Demnach brauchte zwecks der Doppelseitigkeit des Verfahrens z. B. aus dem Uti possidetis kein Theil seinen Besitzanspruch erst durch eine Handlung zu bethätigen, welche der Gegner als eine vis adversus edictum facta bezeichnen konnte; die gerichtliche Entscheidung wider jede einzelne Partei erschien genügend dadurch begründet, daß dieselbe vor Gericht behauptete, der andern gegenüber fehlerfreier Besitzer zu sein, ohne diese Behauptung beweisen zu können: schon in dieser Behauptung lag die Bedrohung des, die gleiche Behauptung erweisenden, Gegners mit Störung in seinem Besitze.

Das Verschwinden der Doppelsponsion erklärt sich, wie das Verschwinden der Sponsionen ex causa der einseitigen Interdicte, ohne weiteres aus dem Untergange des alten ordo iudiciorum, insofern die Sponsionssumme dem siegreichen Gegner eine Genugthuung für die Verzögerung der Entscheidung gewährte, welche die, jenem ordo eigenthümliche, Einrichtung des rerum actus mit sich gebracht hatte. [42])

41a) Diese Möglichkeit hat Krüger, krit. Versuche S. 109 f., nicht beachtet; ebenso wenig Wendt, das Faustrecht u. s. w. in v. Iherings Jahrbücher für die Dogmatik Bd. 21 S. 213 f.

42) S. oben §. 1838d Ziffer 99 S. 206 ff.

Nicht so unmittelbar leuchtet der Grund dafür ein, daß beim Uti possidetis auch die fructus licitatio verschwunden ist. Doch kann es kaum zweifelhaft sein, daß derselbe wenigstens zum größten Theile ebenfalls im Untergange des ordo iudiciorum gesucht werden muß. Im alten Verfahren hatte die Verschiebung der Entscheidung bis zum rerum actus ein Interimisticum in allen Fällen um so dringender erfordert, als ja die Möglichkeit richterlicher Entscheidung auf Grundlage des interdictum duplex überhaupt erst eintrat, nachdem beide Parteien in Beziehung auf den streitigen Besitz eine Handlung vorgenommen hatten, welche der Gegner als vis adversus edictum facta auffaßte. Hier war allerdings die Gefahr von Thätlichkeiten so nahe gelegt, daß eine obrigkeitliche Regelung des Zwischenzustandes bis zu der, erst in mehr oder minder langer Frist bevorstehenden, Urtheilsfällung geradezu geboten erschien. Jetzt dagegen konnte das ganze weitere Verfahren in einem ununterbrochenen Zuge sich abwickeln; und da der Beginn seines Laufes nicht mehr von beiderseitigen Besitzhandlungen abhing, sondern lediglich von der beiderseitigen Behauptung, der andern Partei gegenüber fehlerfreier Besitzer zu sein, so war in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle Besorgniß vor Thätlichkeiten nicht gegeben. Wo aber eine solche im Einzelfalle hervortrat, da konnte durch unmittelbares Einschreiten des Gerichtes in geeigneter Weise, z. B. durch Anordnung einer Sequestration, leicht geholfen werden. War demnach die fructus licitatio zwecks Regelung des Verfahrens überflüssig geworden, so mußte sich die summa licitationis für den siegreichen minus licitans als unverdienter Gewinn, für den unterliegenden plus licitans als ungerechtfertigte Strafe herausstellen; die Beibehaltung der Licitation mußte also um so unbilliger erscheinen, als gegenüber der Möglichkeit ungesäumter Entscheidung der

Besitzfrage die Zeitdauer des vorläufigen Besitzes völlig unberechenbar gewesen wäre.

Behauptet nun der Beklagte seinerseits, dem Kläger gegenüber fehlerfreier Besitzer zu sein, so dreht sich der Proceß zwar um die Frage, wem von beiden der Besitz zustehe, ist jedoch keineswegs ein bloßes praeiudicium. Denn auf jeden Fall wird der Unterliegende angehalten, cautio de non amplius turbando zu machen, und, je nachdem er dies thut oder nicht, freigesprochen oder auf das Geldinteresse des Siegers verurtheilt. Und sofern der Unterliegende nach Erhebung der Klage etwas gethan, was nunmehr als Störung des Gegners im Besitze erscheint, so wird er deswegen zugleich zum Schadensersatze verurtheilt.

Als schutzwürdiger Besitzer gilt von beiden Besitzprätendenten auch jetzt noch diejenige Partei, welcher der thatsächlich besitzende Gegner den Besitz vitio entzogen hat. Allein während das classische Recht ihr die Rückgabe des Besitzes unbeschränkt solange in Aussicht stellte, als der Gegner thatsächlich den Besitz behielt, verjährt die recuperatorische Wirkung der actio ex causa des Uti possidetis jetzt in 30 Jahren. Es ist dies die Folge davon, daß die Compilation das ursprünglich auf die sponsio und das agere ex interdicto reddito Bezügliche auf die Klage ex causa des Interdicts selbst bezogen hat. Die an sich hiernach gebotene einjährige Verjährung des Anspruchs auf Beseitigung eines vor Erhebung der Klage vom Gegner hervorgerufenen Zustandes, dessen Fortdauer eine Besitzstörung enthält, wird dadurch ausgeschlossen, daß der vitio vom Kläger besitzende Gegner, solange er besitzt, durch und um diesen Besitz bereichert ist. Er würde zeitlich unbeschränkt haften, setzte hier nicht die theodosische Klagenverjährung ein Ziel.[43])

43) Vgl. hierüber oben §. 1837b Ziffer 77 Thl. 1 S. 501, Ziffer 79 Thl. 1 S. 514 f. und Ziffer 80 Thl. 1 S. 522.

Macht der Beklagte aus irgend einem Grunde von der ihm durch den Inhalt der Klagbitte eröffneten Befugniß, ohne Widerklage selbst Anspruch auf den Besitz zu erheben, keinen Gebrauch, so wird der Proceß nicht zum iudicium duplex. Indessen bedarf es nicht erst der Erhebung einer neuen Klage ex causa des geeigneten interdictum secundarium; vielmehr beschränkt infolge des beklagtischen Verzichtes auf den Besitzanspruch die Klagbitte sich ohne weiteres auf die im gegebenen Falle gewiesene Verurtheilung des Beklagten. Uebrigens versteht es sich von selbst, daß der Beklagte, welcher seinerseits Besitzanspruch nicht erhebt, die Fehlerhaftigkeit des gegnerischen Besitzes ebenso wenig rügen darf, als er dies im interdictum secundarium thun konnte.[44]) Es ist also gänzlich ausgeschlossen, daß gegenüber einem nicht selbst den Besitz beanspruchenden Beklagten der Kläger deshalb, weil er von jenem vitio besitze, abgewiesen, und somit „ein ewiger Krieg" des Beklagten gegen den Kläger „gewissermaßen sanctionirt" werde.[45])

126. Wenn die actio ex causa eines prohibitorischen Interdictes die Ersatzklage wegen einer vor der Klagerhebung erfolgten Uebertretung ist, so läßt sich nicht füglich begreifen, daß neben ihr in einer Reihe von Fällen eine extraordinaria exsecutio iure potestatis sich behauptet hat:[46]) bei beiden Rechtsbehelfen würde der Beklagte auf Rückgabe der dem Kläger widerrechtlich vorenthaltenen Sachen bezw. auf Schadensersatz verurtheilt worden sein; bei beiden hätte jene Rückgabe durch unmittelbare Wegnahme der Sachen

44) S. oben §. 1836c Ziffer 54 Thl. 1 S. 297.
45) Vgl. Arndts Lehrbuch der Pandekten §. 172 Anm. 2.
46) L. 1 §§. 1 sq. D. de migr. 43, 32. l. 5 §. 27 D. ut in poss. legat. 36, 4. l. 3 pr. §. 1 D. ne vis fiat 43, 4. l. 1 §. 2 D. si ventr. nom. 25, 5 (s. oben S. 380 f.).

erzwungen werden können.[47]) Allerdings stand die exsecutio iure potestatis nur einem höhern Magistrate persönlich zu; die cognitio über die actio ex causa interdicti dagegen kam nicht nur nach Maßgabe des Werthbetrages auch einem Municipalmagistrate zu, sondern konnte nicht minder einem iudex pedaneus übertragen werden. Allein diese Verschiedenheit der Zuständigkeit beider Rechtsbehelfe würde gegenüber dem völlig gleichen Inhalte derselben es schlechterdings nicht rechtfertigen, daß für die missio legatorum nomine beide zur Auswahl des missus beibehalten worden sind,[48]) und zugleich die exsecutio extraordinaria als das bessere Verfahren empfohlen wird;[49]) und vollends vermöchte sie nicht zu erklären, weshalb die actio ex causa interdicti gegen denjenigen, dem eine ventris nomine missa dolos den Besitz übertragen hat, als der bessere und gerechtere Weg den Vorzug vor der extraordinaria exsecutio verdient,[50]) oder weshalb umgekehrt diese exsecutio die Klage ex causa interdicti de migrando thatsächlich außer Gebrauch gesetzt hat.[51])

Unmittelbar verständlich aber ist dies alles, wenn die Klage ex causa eines prohibitorischen Interdictes grundsätzlich eben nur auf das Verbot des Interdictswidrigen geht und den Ersatz von Schaden lediglich soweit umfaßt, als dieser Schade aus einer Uebertretung nach Anstellung der Klage erwachsen ist. In der That sind die actio extraordinaria ex causa interdicti einerseits und die exsecutio extraordinaria iure potestatis anderseits nach Zweck und

47) L. 68 i. f. D. de R. V. 6, 1.
48) L. 5 §. 27 cit. D. ut in poss. legat. 36, 4. l. 3 §. 1 cit. D. ne vis fiat ei 43, 4.
49) L. 3 cit. pr. D. ne vis fiat ei 43, 4. — S. oben §. 1839 Ziffer 116 S. 383 f.
50) L. 1 §. 2 cit. D. si ventr. nom. 25, 5.
51) L. 1 §. 2 cit. D. de migr. 43, 32.

Erfolg wesentlich verschiedenartige Rechtsbehelfe. So bildet denn das Fortbestehen der letztern neben jener einen weitern zwingenden Beweisgrund für die Thatsache, daß abgesehen von der Veränderung des Verfahrens die actio ex causa eines prohibitorischen Interdictes die gleiche Natur behalten hat, welche dem alten Interdicte selbst zukam.

127. Eine letzte Erwähnung erheischt die Behandlung der Popularinterdicte im justinianischen Rechte.

Hätte die Verurtheilung aus dem iudicium secutorium oder aus der actio arbitraria des alten Interdictenverfahrens nur das persönliche Interesse des Interdictenklägers berücksichtigen können, so würden ohne Frage die Popularinterdicte mit dem Wegfallen der sponsio ex interdicto ihre unerläßliche Grundlage verloren haben. Sie würden nunmehr ausschließlich für denjenigen noch anwendbar geblieben sein, der persönlich durch die edictswidrige Thatsache bedroht oder geschädigt war, auf deren Verbot oder Beseitigung das Interdict gerichtet ist. Denn nur dieser befand sich in der Lage, eine Verurtheilung des Gegners auf sein Interesse zu bewirken. Die Klagen ex causa der Popularinterdicte wären demnach jetzt nichts Anderes mehr gewesen, als gewöhnliche Rechtsverfolgungsmittel, vermöge deren jemand Schutz gegen die Bedrohung oder Ersatz für die Beschädigung durch eine an sich unerlaubte Handlung sucht. [52])

Freilich müßte es alsdann geradezu unbegreiflich heißen, daß noch Justinians Pandekten ohne jegliches Bedenken nicht nur die Lehre von den Popularinterdicten im ganzen unverändert wiedergeben, sondern gelegentlich aus-

52) So habe ich selbst es dargestellt in der Anzeige meiner Schrift: Ueber das im Königreiche Hannover geltende Recht der Entwässerung und der Bewässerung in Göttingische gelehrte Anzeigen 1862 Stück 29 S. 1127 f.

drücklich bemerken, daß ein solches Interdict cuivis ex populo competit,[53]) quolibet postulante interdicitur,[54]) dabitur omnibus.[55])

Allein jede Schwierigkeit verschwindet, sobald wir uns daran erinnern, daß bei den Popularinterdicten die Verurtheilung auf den vollen Betrag der Kosten ging, welche zwecks Beseitigung der edictswidrigen Vorrichtungen aufzuwenden sein würden, sowie auf Erstattung des gesammten durch das interdictswidrige Verhalten des Impetraten verursachten Schadens.[56]) Hiernach waren die Popularinterdicte auch ohne das Sponsionsverfahren praktisch. Bei Klagen ex causa verbietender Popularinterdicte wurde jetzt, falls Beklagter die ihm nunmehr obliegende Caution nicht leistete, die Verurtheilung auf den ganzen Betrag des Schadens gerichtet, welcher aus einem Zuwiderhandeln gegen das mittels der Klage bezweckte Verbot erwachsen konnte. So können wir aus dem Fortbestande der Popularinterdicte bei Justinian einen neuen und kräftigen Beweisgrund für den Inhalt der Verurtheilung auf das Interesse in dem von uns behaupteten Sinne entnehmen.

Zu leugnen ist freilich nicht, daß ohne die Gefahr, welche das Sponsionsverfahren mittels der restipulatio dem unterliegenden Kläger drohte, die Popularinterdicte leicht zur Chicane gemißbraucht werden konnten.

53) L. 1 §. 9 D. ne quid in flum. publ. 43, 13 (s. oben Thl. 1 S. 42 N. 5).

54) L. 1 D. de loc. et itin. publ. 43, 7 (s. oben a. a. O.).

55) L. 1 §. 3 D. de via publ. 43, 11 (s. a. a. O.).

56) S. oben §. 1835 Ziffer 7 Thl. 1 S. 48.

§. 1840 a.

Die Klagen ex causa der Interdicte von der Glosse bis zur Gegenwart.

128. Es bleibt übrig, wenigstens in kurzen Zügen die wesentlichen Veränderungen hervorzuheben, welche die Klagen ex causa der Interdicte seit der wissenschaftlichen Wiederlebung des römischen Rechtes erlitten haben.

Fünf Puncte erheischen in dieser Beziehung unser Augenmerk, nämlich

1) die Beschleunigung des Verfahrens bei gewissen Interdicten,
2) der Inhalt der Klagen ex causa prohibitorischer Interdicte,
3) das Verhältniß der exsecutio iure potestatis zu den letzteren Klagen,
4) die Behandlung der interdicta duplicia
   und endlich
5) die Handhabung der Popularinterdicte.

Zur Erleichterung der Uebersicht wollen wir jeden dieser Puncte für sich betrachten.

1) Die Beschleunigung des Verfahrens.

Begreiflicherweise ist der Glosse der Hinweis auf Beschleunigung nicht entgangen, welchen mehrere Codexstellen hinsichtlich der von ihnen berührten Interdictsklagen geben.[1]) Sie bemerkt zu l. 8 (momentariae) Cod. unde vi 8, 4 ad v. *mox*] i. e. ante causam proprietatis. Vel mox i. e. sine solennitate.[2]) Vel i. e. sine dilatione

1) S. oben §. 1840 Ziffer 123 S. 457 zu N. 80 ff.
2) Vgl. gl. *non habet* zu l. 3 Cod. de interd. 8, 1 und gl. *ambagibus* zu l. 4 eod. s. oben §. 1840 Ziffer 123 N. 88 S. 460.

aliqua debeat audiri ille, qui proponit, ut infra ad leg. Jul. de vi [9, 12] l. *si quis* [7 §. 1] etc. Sed quam utilitatem habet hodie hoc interdictum, cum sufficiat constitutio *Si quis in tantum* [l. 7 Cod. eod.]? Respon. quia in ea appellatur, hic non. [3]) Item citius expeditur in interdicto, quam in constitutione etc.

Indessen hält die Glosse diese Beschleunigung durchaus nicht für eine Eigenthümlichkeit der geschichtlichen Thatsache, daß es sich hier um die Klage ex causa des interdictum Unde vi handelt; vielmehr findet sie den Grund der Beschleunigung ohne Rücksicht auf die Art der Klage lediglich in deren Inhalte. Dies ergiebt sich aus Gl. *restituantur* zu l. 1 Cod. si per vim 8, 5: condictione ex hac lege vel per interdictum Unde vi, sic nota, deiectum vel spoliatum sine mora restitui, ut infra ad leg. Jul. de vi publ. [9, 12] l. *si quis* [7 §. 1] und aus Gl. *succurri* zu l. 14 Cod. de agricol. 11, 48 (47): ut ei restituatur possessio statim. Sed qua actione? Respon. condictione ex lege vel officio iudicis vel actione in factum ex aequitate huius legis. — sed et Utrubi et Uti possidetis habet locum forte, quando possessionem retinet.

Weit bedeutsamer ist es geworden, daß die Glosse für das Quorum bonorum eine summarische Cognition annahm.

Gl. *petiturus* ad l. 1 Cod. quor. bon. 8, 2: per

3) Dies beruht auf irriger Auslegung der l. un. Cod. si de mom. poss. 7, 69 (s. oben S. 446 N. 58), welche die Appellation keineswegs ausschließt, sondern derselben nur den Suspensiveffect entzieht. S. oben §. 1840 Ziffer 123 S. 457 N. 77 unter c. Vgl. Wetzell System des ordentlichen Civilprocesses §. 55 N. 30.

interdictum Quorum bonorum: ut infra subiicit: in quo summatim cognoscitur, an sit heres vel bonorum possessor.

Und zwar versteht sie unter jenem summatim cognoscere ein Verfahren, bei welchem der Kläger vollen Beweis der seinen Anspruch begründenden Thatsachen zu erbringen hat, dagegen die Vertheidigung auf liquide Thatsachen beschränkt ist. [4])

Gl. *filium esse* zu l. 1 cit.: Tu dic, quod plene et nunc probat. und Gl. *non exclusa* zu l. 3 eod.: quia uxor aliquas res viri possidebat tanquam suas, quae in consanguineum transferuntur salva repetitione viro: nisi ipse vir in continenti de dominio probare vellet, cum convenitur, secundum quosdam. Alii indistincte eum non audiunt in petitorio, quo minus in petitorem transferatur possessio prius, ut diximus supra *locati* [4, 65] l. *si quis conductionis* [25] et supra *de edicto D. Hadriani tollendo* [6, 33] l. 2.

Beschränkte jedoch die Glosse jene summaria cognitio auf das Quorum bonorum, so erstreckt Bartolus dieselbe auf alle possessorischen Interdicte i. d. S.

Bartol. ad l. 8 (*momentaneae*) Cod. unde vi 8, 4 n. 2: — quaero, quid est hoc dictum „mox audiri?“ Certe prout intelligitur primo modo in interdicto recuperandae possessionis, intelligitur „mox“ h. e. non obstante aliqua exceptione, quia spoliatus ante omnia est restituendus. Item proceditur summatim. Prout intelligitur secundo modo in interdicto adipiscendae vel retinendae possessionis, intelligitur „mox“ i. e. summatim, quia non admittitur aliqua exceptio, quae requirit altiorem indaginem, et dico plene supra *Quor. bon.* [8, 2]

4) Briegleb Einleitung in die Theorie der summarischen Processe §. 48 S. 202 ff. §. 51 S. 218 f.

l. 1, [5]) et vide gl. ad idem facit supra eod. l. *meminerint* [l. 6 Cod. unde vi 8, 4] in eo, quod dicit „illico."

Ausführlich dargelegt hat Bartolus diesen Begriff der summaria cognitio als einer prima-facie-cognitio, und zwar im Gegensatze zu der in früheren Commentaren von ihm selbst vertretenen Bescheinigungstheorie, [6]) in seinem tractatus ad Extravagantem Henrici VII. *Ad reprimendum* s. v. *summarie* unter n. 11—13: [7])

Si vero non ita favorabiles essent, [8]) licet possint per aliud iudicium reparari, tunc, quantumcunque sint summariae, in eis plena probatio requiritur ex parte agentis. Dicuntur autem summariae respectu defendentis, quia si accusatorem [actorem] diceret per calumniam postulare vel aliquam exceptionem opponeret [reus], quae requireret altiorem indaginem, differretur exceptionis probatio [sc. in aliud iudicium], ne impediretur actoris intentio [sc. in hoc summario iudicio]. Et idem dico in omnibus possessoriis iudiciis, quae dico summarie examinari, ut C. unde vi l. *momentaneae* [L. 8 C. 8, 4.] et not. Cod. quor. bon. l. 1 in gl. [Gl. *petiturus* in l. 1 C. 8, 2.] et possunt per iudicium petitorium reparari. Nam in eis dico, quod requiritur ex parte agentis plena probatio, ut dicta

5) S. unten S. 495 f.
6) S. unten a. a. O.
7) Nach der Ausgabe Brieglebs in Joan. Faxioli et Bartoli de Saxoferrato de summaria cognitione commentarii (Erlangen 1843) p. 36, mit den Einschaltungen aus dem angeführten Werke Brieglebs S. 219.
8) Nämlich wie eine besonders begünstigte Art summarischer Rechtsmittel, „bei welchen nicht einmal der vollständige Beweis oder die Primafacie-Liquidität des Klaggrundes erforderlich" sein soll. Brieglebs a. a. O.

l. 1 C. quor. bon., ubi expresse dicitur. Circa vero exceptionem adversarii et circa dilationes poterit versari dicta summaria cognitio; et summaria dicitur hoc casu, quasi prima facie hoc videatur, cum iura partium non perfecte discutiantur.

Dann heißt es n. 19 daselbst: Secunda est regula, quod ubi causa agitur, super qua sententia lata non parit magnum praeiudicium, vel parit tale, quod per aliud iudicium potest reparari, absque alia appellatione vel restitutione vel simili remedio, tunc est procedendum summarie. Istud probatur in omnibus exemplis positis in dicta L. *sciendum* [l. 3 §. 9 D. ad exh. 10, 4] in glossa, eo quod supra dixi de iudiciis possessoriis.

Neben der Auffassung der summaria cognitio bei Interdicten als einer prima-facie-cognitio stand nun aber eine andre, nämlich die von Joannes Faxioli oder Faxiolus (geb. zu Pisa 1223, gest. daselbst 1286) in dessen Tractat de summaria cognitione, erfundene Bescheinigungstheorie. Diese Theorie hat auf die spätere Doctrin Einfluß gewonnen theils durch die Aufnahme jenes Tractats in die zweite, in den nächsten Jahren nach dem Tode des Faxiolus erschienene, Ausgabe des von Wilhelm Durantis compilirten Speculum iudiciale [9]) [I, 1. de off. omn. iud. §. 7 und IV, 1 de lib. conc.], [10]) theils dadurch, daß sie zunächst in Bartolus einen Anhänger fand. Derselbe lehrte zu l. 1 Cod. cit. n. 6: in interdicto Quorum bonorum plenae probationes non requiruntur, immo fit cognitio summaria, ut hic not. in glo. II. [Gl. *petiturus*) et infra dicam. n. 10: Item differunt

9) Briegleb a. a. O. S. 385 f.
10) Wetzell System des ordentlichen Civilprocesses §. 29 Note *).

[sc. hereditatis petitio et interdictum Quorum bonorum] in modo probandi . nam in hoc interdicto fit summaria cognitio. Ita tenet glossa hic in princi. [ad v. *petiturus*] quam vide. Et istud est maioris utilitatis, quam sit in hoc interdicto . nam in petitione hereditatis requiruntur probationes verae et liquidae, in isto interdicto sufficerent probationes non ita clarae, quia semiplenae vel praesumptivae concluderent. Et est ratio, quia, cum ista causa sit modici praeiudicii, quia venit retractanda in petitorio, merito admittitur summaria cognitio et semiplena probatio. arg. l. 3 §. ibid. [13] D. ad exhib. [10, 4]. Facit ad hoc quod videbitis infra tit. 2 l. *momentariae* [8 Cod. unde vi 8, 4]. Sed contra hoc videtur, quod hic dicitur in glossa magna ibi: „tu dic, quod plene et nunc probat.“ Et sic videtur velle, quod requiratur plena probatio. In hac ergo eadem lege videtur glossa sibi contradicere, nam in secunda glossa dicit „summatim,“ hic dicit „plene.“ Intellige illud, quod hic dicitur „plene,“ non quod requiratur plena probatio omnino, sicut in petitione hereditatis, sed ideo hoc dicit, ut ostendat probationes factas, cum agnovit bonorum possessionem, non sufficere. Pro cuius declaratione potes dicere tria verba, scilicet quod quaedam est probatio legis debilis nec plena, ut illa, quae fit parte absente nec citata, nec in figura iudicii, et illa fiebat, cum petebatur bonorum possessio olim coram iudice, licet hodie sufficiat agnitio tantum. Quaedam est alia probatio summaria, et fit parte citata et lite contestata, et ista fit in hoc interdicto, quae potest dici plena respectu illius, quae fit parte non citata. Ita loquitur glossa magna hic. Quaedam est alia probatio plenior, ut quae fit parte citata et probationibus ad liquidum exquisitis, et istud fit — in petitione hereditatis etc.

Daß Bartolus auch diese Bescheinigungstheorie auf alle possessorischen Interdicte ausdehnte, beweiset seine Auslegung zu l. 2 Cod. ubi in rem actio 3, 19 ad. v. *sin vero post*: Quandoque fit praeiudicium in possessione, et non in proprietate, et tunc debet constare de iure actoris summatim, h. c. per praesumptiones et indicia vel semiplenam probationem etc.

Beide Lehren sind wissenschaftlich unhaltbar.

Die Theorie der prima-facie-cognitio beruht auf der irrigen Ansicht, daß gegenüber den ihr unterliegenden Interdicten gewisse Einreden nicht sowohl aus materiell-rechtlichen Gründen überhaupt ausgeschlossen, als vielmehr aus dem rein processualen Grunde der Nichtliquidität nur im Einzelfalle unstatthaft seien. Hierher stellt man gegenüber dem Quorum bonorum die Berufung des belangten Besitzers auf einen Singulartitel, [11]) gegenüber dem Quod legatorum die Berufung des verklagten Legatars auf das Vermächtniß. [12])

11) S. darüber meinen Aufsatz im Archiv für die Civilistische Praxis Bd. 70 S. 42 ff.

12) Bartol. ad l. 3 Cod. quor. bon. 8, 2 n. 1: Exceptio dominii, quae requirit altiorem indaginem, non obstat agenti interdicto adipiscendae possessionis, sed ei debet per iudicem reservari . hoc dicit . Oppon . de regula „dolo facis“ D. de doli exc. [44, 4] et reg. iur. in VI. [5, 13] c. *dolo*. [Es müßte heißen: et reg. iur. (50, 17) ll. *dolo* (8 pr. et 173 §. 3)] dicunt quidam, quod illa regula non habet locum in possessoriis. Ita nota gl. in l. 1 infra tituli 1 [scil. quod legat. Cod. 8, 3 ad v. *vel retentione*] . et ibi dicam . hic glossa dicit melius, quod in possessoriis habet locum illa exceptio „dolo facis,“ si aliquis est paratus in continenti probare, secus si illa exceptio requirit altiorem indaginem, quia tunc reservatur. Ita loquitur hic et hoc probat textus hic manifeste, ibi „omnibus frustrationibus etc.,“ quasi

In Wahrheit hat l. 3 Cod. quor. bon. 8, 2 dem bonorum possessor gegen jeden Besitzer von Sachen, welche der Erblasser bei seinem Tode besessen hat, den unbedingten Anspruch auf deren Herausgabe beigelegt, ihm m. a. W. lediglich aus dem Grunde, weil der Erblasser im bezeichneten Augenblick Besitz jener Sachen gehabt hat, Anspruch auf dessen Erlangung gewährt; [13]) eine Einrede aus dem Eigenthume jener Sachen ist gegenüber diesem Anspruche gemäß dessen Wesen unzulässig: sie würde den Zweck desselben vereiteln. Ebenso ist gegenüber dem Quod legatorum jede Berufung auf das Vermächtniß als solches einfach aus dem Grunde unstatthaft, weil damit die ganze Bedeutung des genannten Interdictes hinfallen würde. Indem man, dies verkennend, jenen Irrthum auf alle possessorischen Interdicte i. d. S. erstreckte, d. h. auf alle, welche eine nur provisorische Entscheidung bewirken, gelangte man folgerecht dazu, gegenüber dem interdictum retinendae possessionis die, in den Besitzstreit schlechterdings nicht gehörige, Berufung auf das Eigenthum unbedenklich zuzulassen, sobald dasselbe sofort erwiesen werden kann: petitorium liquidum absorbet possessorium. Umgekehrt hätte der rein processuale Gesichtspunct für die Entscheidung darüber, ob eine Einrede zulässig sei oder nicht, bewirken müssen, daß beim interdictum retinendae possessionis die exceptio vitiosae possessionis ausgeschlossen bleibe, sofern dieselbe nicht in continenti liquid ist. Das jedoch würde den Besitzschutz des römischen Rechtes wesentlich umgestaltet haben. Man begnügte sich daher damit, die Liquidität jener Einrede für das s. g. Summariissimum zu verlangen, [14])

dicat, reiectis omnibus, quae dilationem inducant et frustratoriam etc.

13) S. Archiv für die Civil. Prax. a. a. O.

14) Postius tractatus mandati de manutenendo observ.

während man beim possessorium ordinarium mit äußerst fadenscheiniger Begründung folgewidrig davon abzusehen pflegte.[15]) Denn es leuchtet doch unmittelbar ein, daß das

XLII. n. 137. Bruns das Recht des Besitzes im Mittelalter S. 271 zu N. 2.

15) Rob. Maranta († 1530) praxis s. de ordine iudiciorum tractatus, qui vulgo speculum aureum etc. nuncupatur. Iudiciorum IX. distinctio n. 43. — quaedam est causa possessorii, quae est modici momenti, quae potest de facili reparari in petitorio, et ista dicitur causa vilis et modici praeiudicii: et in ista sufficerent semiplenae [sufficere semiplenas *scr.?*] probationes, potest poni exemplum in possessione Carboniana, prout declarat Bartolus in l. 3 §. *causae* [4] D. de Carb. ed. [37, 10]. Similiter in interdicto Quorum bonorum, quod modici praeiudicii, unde sufficiunt semiplenae probationes secundum Bartolum in l. 1 in col. fin. C. quor. bon. [8, 2]. Idem in possessione, quae datur ventris nomine, l. *sicuti* 1. §. *si ea* 14. et ibi Bartol. D. de ventre in poss. [37, 9]. facit l. 3 §. *sciendum* [9] et ibi gloss. D. ad exh. [10, 4]. Quaedam est causa possessionis, quae parat plenum praeiudicium, quae non est reparabilis per petitorium, ut quia deficit petitorium, vel quia est impossibilis probationis, et ista dicitur causa magna et magni praeiudicii: et in hac requiritur ordo iuris et plena probatio. — Andr. Gaill practicarum observationum lib. I obs. VI n. 2 sqq. Ordinarium possessorium est, in quo iuris ordine servato proceditur, principaliter atque absolute de possessione partium disceptatur, plenaeque probationes requiruntur: secundum magis Communem opinionem, quam etiam Camera sequitur: Tametsi plurimi velint, in possessorio imperfectas probationes per unum testem vel famam sufficere, eo quod sit modici praeiudicii et reparari possit in petitorio. Sed certe hoc possessorium non est modici praeiudicii, quia sententia lata definitiva, nec aliam post se super possessione expectat

praeiudicium z. B. beim Quorum bonorum dann, wenn der Besitzer auf einen Singulartitel sein Eigenthum nicht zu erweisen vermag, für denselben gerade so groß ist, wie beim Uti possidetis im gleichen Falle.

Die Bescheinigungstheorie aber wird schon in dem geschichtlichen Anknüpfungspuncte ihrer Anwendung auf Interdicte, dem Quorum bonorum, widerlegt durch l. 1 i. f. Cod. quor. bon. 8, 2:

interdicto Quorum bonorum non aliter possessor constitui poteris, quam si te defuncti filium esse et ad hereditatem vel bonorum possessionem admissum probaveris. [16])

Dasselbe ergiebt sich aus l. 1 §. 4 D. de it. actuq. priv. 43, 19 [17]) hinsichtlich des ebenfalls possessorischen interdictum de itinere actuque privato.

sententiam, ideoque magni momenti est propter commodum possessionis, quo fit etiam, ut plenarium dicatur quia plenum et perpetuum praeiudicium in iudicio possessorio adfert: licet in petitorio, ut dixi, reparari possit. etc. — Bened. Carpzov processus iuris etc. tit. I articul. V n. 31 (§. III). Vehementer quidem differentiam Possessorii ordinarii et summarii impugnat Petr. Frider. Mindan. eamque confictam, falsam, fucatam et magis Doctorum somnio quam ullibi in iure fundatam asserit, attamen fatetur ipsemet, differentiam illam praxi hodierna et observantia forensi, nemine fere Doctorum dissentiente, approbatam esse *in tract. de interdict. cap. 13 n. 24 et sqq.*, in quo asserto cum communi Pragmaticorum schola acquiescimus. Estque ordinarium illud, in quo, iuris ordine servato, per exhibitionem libelli, litis contestationem et probationem ordinariam de possessione litigatorum disceptatur etc.

16) S. oben §. 1838e Ziffer 102 S. 238.

17) S. das.

Trotz ihrer wissenschaftlichen Unhaltbarkeit nimmt nun aber eine jede dieser Theorieen gewohnheitsrechtliche Anerkennung für sich in Anspruch, obschon im einzelnen mit mancherlei Abweichungen.[18]) Wir würden uns deshalb der unerquicklichen Aufgabe nicht entziehen dürfen, an dieser Stelle auf Grund möglichst umfassender Literaturstudien zu prüfen, welche von beiden die thatsächlich geltende sei, wenn nicht die Reichs-Civilproceßordnung der Untersuchung die praktische Bedeutung abgeschnitten hätte.

Eine prima-facie-cognitio ist der C-P-O. völlig unbekannt;[19]) ein Erkennen auf bloße Bescheinigung hin läßt dieselbe nur für Arrest und einstweilige Verfügungen zu.[20]). Sofern also die Theorie der prima-facie-cognitio

18) Hinsichtlich der Bescheinigungstheorie geht wohl am weitesten Puchta Pandekten §. 85, welcher behauptet, daß die, von ihm deswegen übrigens getadelte, Praxis bei allen Interdicten, auch bei denen, quae proprietatis causam habent, „nach der Wahrscheinlichkeit" entscheide, sofern im Einzelfalle neben ihnen eine actio stehe. So auch v. Keller Pandekten §. 186 unter A 2 (s. unten N. 22). Der entschiedenste Vertheidiger der prima-facie-cognitio für alle Fälle „der summarischen Cognition in dem Sinne, in welchem diese Proceßart seit der Glosse angenommen, ausgebildet und gewohnheitsrechtlich sanctionirt" worden, ist Briegleb a. a. O. S. 238.

19) A. M. hinsichtlich des Quorum bonorum Dernburg Pandekten Bd. 3 §. 159 Anm. 1. Derselbe lehrt jedoch Bd. 1 §. 184: „Der Streit um den Besitz [und als Besitzklage gilt ihm als interdictum adipiscendae possessionis auch das Quorum bonorum] und derjenige um Eigenthum sind getrennt. Jeder verfolgt besondere Ziele. Die Besitzesklage darf durch den Streit um das Recht nicht aufgehalten werden. Daher ist gegenüber der Besitzklage die Einrede, daß der Beklagte Eigenthümer sei, unzulässig." Also auch dann, wenn diese Einrede liquid ist.

20) CPO. §. 800 Abs. 2. §. 801. §. 815. §. 816 Abs. 2.

für die possessorischen Interdicte i. d. S. in der That gewohnheitsrechtlich zur Herrschaft gekommen sein sollte, müssen diejenigen dieser Interdicte, welche sich lediglich durch jene Form ihrer Geltendmachung, nicht dagegen sachlich von concurrirenden Klagen unterschieden, als völlig beseitigt gelten, während diejenigen von ihnen, welche außer jenem processualen auch einen sachlichen Unterschied von den concurrirenden Klagen zeigten, eben dieses sachlichen Unterschieds halber als gewöhnliche Rechtsbehelfe fortbestehen. Ob das Eine oder das Andre der Fall ist, läßt sich zweckmäßig nur bei jedem einzelnen Interdicte untersuchen. Das Entsprechende gilt, sofern die Bescheinigungstheorie als gewohnheitsrechtlich gebilligte zu betrachten ist, für alle diejenigen Interdicte, welche und soweit sie nicht auf Erwirkung einer einstweiligen Verfügung abzwecken. Soweit dagegen ein Interdict seinem Wesen nach auf eine einstweilige Verfügung abzielt, wie es nach verbreiteter Ansicht namentlich das Quorum bonorum thut, würde dasselbe gemäß dem Einführungsgesetze zur CPO. §. 16 unter 4 auch heute noch eine processualische Eigenthümlichkeit behaupten; denn nach dem angeführten Gesetze bleiben diejenigen Vorschriften des bürgerlichen Rechtes unberührt, nach welchen in bestimmten Fällen einstweilige Verfügungen erlassen werden können. Auch die Untersuchung hierüber aber wird füglich der Erörterung der einzelnen Interdicte vorbehalten. [21])

Weil danach, sofern nicht etwa eine einstweilige Verfügung in Frage kommt, heute die Interdicte als solche ein vor dem regelmäßigen begünstigtes Verfahren nicht mehr kennen, so ist jedenfalls seit der CPO. das interdictum de itinere actuque reficiendo unpraktisch geworden, da es

21) Vgl. einstweilen Archiv für die Civilistische Praxis Bd. 70 S. 48 ff.

nicht nur, wie die confessoria, den Beweis des Wegerechtes erfordert, sondern obendrein denjenigen des Quasibesitzes.[22])

129. 2) Der Inhalt der Klagen ex causa prohibitorischer Interdicte.

Der Brachylogus lib. IV tit. 28 de interd. §. 2 giebt in ziemlich wörtlichem Anschlusse an §. 1 i. f. J. eod. 4, 15 als Inhalt dieser Klagen an:

prohibitoria sunt veluti interdictum, per quod praetor prohibet fieri vim sine vitio possidenti; item ne quid fiat in loco sacro vel religioso, quo ius loci laedatur; item ne quid fit in flumine publico aut ripa eius, quo peius navigetur.

Auch nach der Lehre der Glossatoren geht Klagbitte und Verurtheilung bei solchen Klagen auf ein Verbot.

Glossa ad l. 3 §. 11 D. uti poss. 43, 17 ad v. *in hoc interdicto*] i. f.: Vel dic quod iudex praecipit, non fieri vim mihi.

ad l. 3 §. 3 D. de it. actuq. priv. 43, 19 ad v. *quanti*]: apparet ergo, quod debet fieri condemnatio, ne prohibeatur tunc, vel forte, ne in futurum etc.

22) Vgl. Brinz Lehrbuch der Pandekten Bd. 1 2. Aufl. §. 201 S. 804 N. 13. v. Keller Pandekten §. 186 unter A 2, welcher gegen die Behauptung v. Savignys Recht des Besitzes §. 46 unter III a. E. 7. Aufl. S. 490, es könne von diesem Interdicte nicht mehr die Rede sein, seitdem die Proceßform aufgehört hat, wodurch sich dasselbe von der confessoria unterschied, erinnert, „daß die Praxis den Interdicten überhaupt und auch dem vorliegenden insbesondere den unbestimmten summarischen Proceß verstattet, was also wenigstens noch eine processualische Eigenthümlichkeit bildet, welche dem Interdict fortwährendes Interesse verleiht.“ Vgl. oben §. 1840 Ziffer 123 S. 462.

Tancredus ordo iudiciarius (geschrieben i. J. 1214)[23]) P. 2 tit. 11. De libello retinendae seu defendendae possessionis:[23a]) ad defendendam vel retinendam possessionem suam sic formabit libellum: „Vobis, domine H., Bononiensi episcopo, conqueror ego Titius de Seio, qui inquietat“ vel „turbat mihi possessionem talis vineae;“ — vel „inquietat me in possessione“ vel „quasi possessione talis ecclesiae;“ — vel: „qui non sinit“ vel „non permittit me quiete possidere talem rem;“ — „unde peto ipsum a dicta inquietatione compesci“ vel: „ab inquietatione“ seu „turbatione illa prohiberi.“ Et nota, quod in hoc casu habet locum interdictum Uti possidetis etc.

Ganz entsprechend lauten auch noch die Klagbitten der Libelle prohibitorischer Interdicte im Speculum iudiciale des Durantis († 1296).

Specul. lib. IV partic. II. De causa possessionis et proprietatis. §. 2 unter 3 (interdictum Ne quid in loco publico fiat): „unde ipsum prohiberi peto, ne ponat,“ unter 4: „ago contra eum, quod non faciat,“ unter 7 (interdictum de via publica reficienda): „ago contra eum, ut cesset a tali iniuria et violentia;“ §. 3 unter 1 (interdictum de loco publico fruendo): „ago contra eum, ne me prohibeat,“ unter 3 (interdictum de superficiebus): „ne me turbet,“ unter 4 (interdictum de itinere privato): ne me prohibeat,“ unter 7 (de itinere reficiendo): „ne me impediat.“ An der letzten Stelle wird dann noch bemerkt: Quidam tamen addunt: „et

23) Fr. Bergmann Pillii, Tancredi, Gratiae libri de iudiciorum ordine Gottingae 1842. praef. p. IV.

23a) Ed. Bergmann p. 167 v. 18 sqq. und p. 168 v. 1 sqq.

quanti mea interest, non prohiberi vel impediri, eum mihi condemnari peto." sed hoc non est necesse.

Ebenso heißt es beim Uti possidetis l. c. §. 1 unter 7: „Coram etc. conqueror de P., qui me, vel colonos vel inquilinos meos, in possessione talis domus, vel fundi, cuius fines etc., inquietat et turbat, non sinendo me domum illam vel fundum, quam vel quem possideo, pacifice possidere . unde ago contra eum, ne me turbet vel inquietet: et ad hoc propono interdictum Uti possidetis vel actionem in factum subrogatam in locum eius." Vel sic: „Coram etc. ut supra usque *unde* . post iunge: „ne vim turbativam vel inquietativam mihi inferat, ne aliquo modo inquietet possessionem meam, eum prohiberi peto . et ad hoc propono etc." ut supra. Multi tamen sic addunt, praemissis retentis: „et quantum mea interest non inquietari, mihi peto restitui."

Die Forderung des Schadensersatzes erscheint hier also noch gar nicht einmal als allgemein anerkannt; jedenfalls ist sie nur Nebensache: die wesentliche Klagbitte geht auf Verbot künftiger Störung.

Besonders deutlich tritt dieser Inhalt der prohibitorischen Interdicte heraus, wo zur Auswahl des Klägers neben einem solchen eine Ersatzklage steht, wie bei der missio legatorum nomine.

Specul. lib. IV partic. II De eo, qui mittitur in possessionem. unter 4: Lib. Coram etc. conqueror de P., qui me prohibuit ire in possessionem rerum Seii, in quarum rerum possessionem iudex me mittendum decreverat: unde ago contra eum, ne prohibeat: et ad hoc propono interdictum Ne vis fiat ei, qui in possessionem missus est, vel actionem in factum subrogatam in locum istius interdicti. Vel si vis petere tuum interesse, adde sic: unde quia interest mea in centum,

non fuisse prohibitum, ideo illud interesse peto, et ad hoc propono actionem in factum descendentem ex edicto, ne vis fiat ei etc. [24])

Ebenso geht nach Bartolus ad l. 1 pr. D. uti poss. 43, 17 n. 10 z. B. das Uti possidetis in erster Linie auf das Verbot künftiger Störung: Venio ad verbum „neque pluris“ . dicitur hic, quod istud interdictum datur ad interesse, contra imo datur, ne turber in possessione. Scil. datur in utrumque, scil. ne turber in possessione et ad interesse turbationis praeteritae. [24a])

Auch im richterlichen Clagspiegel des Sebastian Brandt, Straßburg 1533, sind die Klagbitten prohibitorischer Interdicte auf Verbote gerichtet, z. B. D. sepulchro aedificando, Von begräbnüß zu bauwen: Bitt ꝛc. erkennen, das im söllich intrag und irrung nit zymlichen sey, und das er mir hienfür keinen intrag noch irrung thu, zwingt in darzu ꝛc. — Ne quid in loco sancto fiat, Das nicht unsaubers auff einer gewichten statt geschehe: Bitt ich euch im sollichs zu verbieten. — Ne quid fiat in loco publico etc.: Bitt ich ꝛc. und im verbietent, das er sollichs nit bawe ꝛc. — Bitt ꝛc. erkennen und im gebieten, das — er von sollichem bawe laß. u. s. w.

Es ist schlechterdings nicht zu verstehen, weshalb diese Klagbitte sich später in Deutschland geändert haben sollte, um so weniger, da die genau gleiche Klagbitte auf Verbot künftiger Störung für die negatoria wie für die confessoria in rem actio unzweifelhaft beibehalten worden sind.

In der That giebt denn auch z. B. Petrus Friderus

24) Ebenso Specul. lib. IV partic. I. De Libellorum conceptione §. 9 unter 15.

24a) S. auch Bartol. ad l. 1 cit. §. 6 unter 10, ad l. 3 §. 11 eod., ad l. 3 §. 3 D. de it. actuq. priv. 43, 19 (unten N. 35a).

Mindanus († 1616) in seinem, allerdings überaus verworrenen, Werke de Interdictis etc. commentarii theoretipractici Comm. VII n. 16 sq. die ohne Zweifel auch auf das Recht seiner Gegenwart abzielende Begriffsbestimmung: Sexto igitur interdicta vel sunt inhibitoria, quibus fieri aliquid prohibetur, vel iussoria, aut potius compulsoria, quibus aliquid fieri iniungitur et mandatur. Et cum in definitionibus inhibitionum nonnihil varient nec satis sibi constent Doctores, sciendum est, inhibitionem esse decretum iudicis competentis, ne quid fiat, legitime prohibens etc.

Ganz entsprechend hat das Ober-Appellationsgericht zu Cassel i. J. 1763 anerkannt, daß aus dem interdictum Ne quid in itinere publico fiat auf ein Verbot zu sprechen sei. [24b])

In den Hand- und Lehrbüchern ist es meist nicht mit Sicherheit erkennbar, ob die Unterscheidung in gebietende und in verbietende Interdicte ausschließlich auf das römische Recht sich beziehen soll, oder auch auf das gegenwärtige. Bei dem Schweigen der Schriftsteller darüber darf jedoch vermuthet werden, daß sie selbst in dieser Beziehung einen Gegensatz des römischen zum modernen Rechte nicht annehmen. [25]) Uebrigens scheint es fast so, als ob bisweilen

24b) De Canngiesser decision. supremi tribunalis appellationum Hasso-Cassellani tom. IV. dec. LXIV p. 99.

25) Es mag genügen beispielsweis Struvii syntagma p. 3 exerc. XLV lib. XLII tit. 1 §. VIII unter II und Göschen Vorlesungen Bd. 1 §. 143 zu nennen. — Unbestimmt bleibt der Inhalt des Schutzmittels auch dann, wenn seine Bestimmung lediglich dadurch erfolgt, daß als sein Zweck „Schutz gegen Störung" angegeben wird, wie dies z. B. bei Windscheid Pandekten Bd. 1 §. 164 unter 3a und b für die interdicta de itinere privato, de aqua und de rivis geschieht. Denn ein solcher Schutz kann nicht blos durch richterliches Verbot ertheilt wer-

der Verfasser sich des Unterschiedes überhaupt nicht bewußt gewesen sei, welcher zwischen einem richterlichen Verbote, also einem auch im Einzelfalle auf ein Unterlassen für die Zukunft gerichteten Befehle, und dem richterlichen Gebote der Ausgleichung eines durch Zuwiderhandeln gegen ein allgemeines Verbot angerichteten Schadens besteht. Anders wenigstens ist es wohl nicht zu begreifen, wie Göschen dazu gekommen ist, als Zweck des interdictum de itinere actuque privato „Aufhebung der Störung und Ersatz des zugefügten Schadens" anzugeben, [26]) als Zweck des interdictum de itinere reficiendo, „daß das der Ausbesserung entgegengesetzte Hinderniß aufgehoben werde; [27]) dann als Zweck des interdictum de aqua: „Der Kläger will für die Folge nicht weiter gestört werden, und den Schaden, den er etwa erfahren hat, ersetzt haben; [28]) als Zweck des interdictum de rivis: „der Kläger verlangt, die Wasserleitung so ausbessern zu dürfen, daß das Wasser in der Art, wie der bisherige Besitzstand es mit sich bringt, ferner geleitet und benutzt werden könne." [29]) Es ist doch klar, daß der Zweck bei allen diesen Interdicten gleichmäßig Unterlassung der Störung für die Zukunft ist; nur da, wo der Fortbestand einer Vorrichtung eine solche Störung bewirken würde, enthält das Verbot der Störung zugleich das Gebot der Beseitigung dieser Vorrichtung.

Die richtige Ansicht über den heutigen Inhalt prohibitorischer Interdicte finde ich dagegen ausgesprochen von

den, sondern auch durch richterliches Gebot des Schadensersatzes und der Beseitigung störender Vorrichtungen.

26) A. a. O. Bd. 2 §. 610 zu N. 5.

27) Das. vor N. 10.

28) Das. §. 610 zu N. 8.

29) Das. zu N. 15.

Heimbach für alle einzelnen von ihm erörterten prohibitorischen Interdicte. [30])

Wer freilich mit Schmidt [31]) die Klagen ex causa prohibitorischer Interdicte schon bei Justinian für Delictsklagen hält, wird folgerecht annehmen müssen, daß sie auch heute nur auf Schadensersatz und Wiederherstellung des etwa geänderten Zustandes gehen, nicht auf Verbot für die Zukunft. [32])

30) In Weiskes Rechtslexikon Bd. 5 für die interdicta de aqua S. 535 zu N. 73, de aqua ex castello ducenda S. 536 vor N. 89, de arboribus caedendis S. 538 zu N. 102 und S. 539 nach N. 111, de cloacis S. 542 zu N. 146 und S. 543 nach N. 152, Ne quid in flumine publico ripave eius fiat, quo peius navigetur S. 544 nach N. 168, de fonte S. 546 nach N. 183, de glande legenda S. 547 zu N. 192, de itinere actuque privato S. 553 vor N. 259, de itinere reficiendo S. 555 zu N. 284, de liberis ducendis S. 556 f. zu N. 298, de loco publico fruendo S. 561 nach N. 336, de migrando S. 563 nach N. 358, de mortuo inferendo S. 565 zu N. 380, de ripa munienda S. 571 nach N. 454, de rivis S. 572 nach N. 473, de sepulchro aedificando S. 574 zu N. 490, de superficiebus S. 576 vor N. 508, de via publica reficienda S. 586 vor N. 617, Ne quid in flumine publico fiat, quo aliter aqua fluat, atque uti priore aestate fluxit S. 590 zu N. 660 ff., Ne quid in loco publico vel itinere fiat S. 572 zu N. 691 f., S. 594 nach N. 709, S. 596 zu N. 727, Ne quid in loco sacro fiat S. 597 zu N. 738, Ne vis fiat ei, qui in possessionem missus est S. 598 zu N. 755, Ut in flumine publico navigare liceat S. 626 zu N. 74, Uti possidetis S. 629 zu N. 74 und Utrubi S. 635 vor N. 124.

31) A. a. O. S. 330. S. oben §. 1840 Ziffer 124 S. 470 zu N. 10.

32) Trotzdem läßt v. Savigny, welcher alle possessorischen Interdicte für Delictsklagen hält (Recht des Besitzes

Indessen sprechen die Urtheile der höheren Gerichtshöfe Deutschlands vielfach auf derartige Klagen das richterliche Verbot eines gewissen Handelns aus.[33]) Es läßt sich also nicht etwa behaupten, daß die fragliche Aenderung des Inhalts jener Klagen gewohnheitsrechtlich anerkannt worden sei.[33a])

Nur insofern weicht das heutige Recht vom Recht Justinians ab, als heute, wie bemerkt, das der Klage stattgebende Urtheil das Verbot ausspricht, während noch bei Justinian die Verurtheilung aus einem Anspruche auf Unterlassen stets auf das Interesse in Gelde gehen mußte.[34]) Indessen ist diese Aenderung durchaus nichts den Interdictenklagen Eigenthümliches: die nämliche Erscheinung findet sich auch bei der negatoria und bei der confessoria actio.

Hiermit steht ein weiterer Umstand in engem Zusammenhange. Bei Justinian entging der Beklagte, soweit nicht etwa Schadensersatz und Beseitigung eines auch für die Zukunft Störung drohenden Zustandes in Frage kam,

§. 2 7. Aufl. S. 30 ff.), das Urtheil aus dem Uti possidetis auf Verbot der Störung gehen a. a. O. §. 38 S. 408.

33) Vgl. Seufferts Archiv Bd. I Nr. 222 (OAG. Wiesbaden 1839). Bd. V Nr. 27 (OAG. Lübeck 1847). Bd. XVII Nr. 224 (OAG. Wolfenbüttel 1864). Bd. XIX Nr. 235 (OAG. Kiel 1865). Bd. XXVII Nr. 204 (OAG. Rostock 1865). Bd. XLII Nr. 8 = Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen Bd. 16 Nr. 31 (RG. 1886). Bd. XLIII Nr. 270 = Entsch. des RG. Bd. 21 Nr. 35 (RG. 1888) und Entsch. des RG. Bd. 1 Nr. 59 (1880).

33a) Vgl. hinsichtlich des Uti possidetis Eck die sog. doppelseitigen Klagen S. 62 ff. Windscheid Pandekten §. 159 zu N. 3b und 5a. Fitting Archiv für die Civilistische Praxis Bd. 55 S. 336. Dernburg Pandekten Bd. I §. 186 zu N. 19.

34) S. oben §. 1840 Ziffer 124 S. 466 zu N. 5 f.

der an sich begründeten Verurtheilung, wenn er cautio de non amplius turbando machte. Seitdem das Urtheil selbst auf Verbot künftiger Störung geht, kann diese Caution nicht mehr die Verurtheilung abwenden. Wofern nicht auf andre Weise der Zweck der Caution, nämlich die Erleichterung der Zwangsvollstreckung, gesichert wird, muß die Verurtheilung neben dem Verbote künftiger Störung auch die Pflicht der Cautionsleistung aussprechen, gerade so, wie es bis zum jüngsten Reichsabschiede bei der actio negatoria und confessoria geschehen ist. [35]) In der That finden wir schon in der Glosse *quanti* zu l. 3 §. 3 D. de itin. actuq. priv. 43, 19 für das interdictum de itinere privato ausgesprochen: apparet ergo, quod debet fieri condemnatio, ne prohibeatur tunc, et forte, ne in futurum, vel cautio forte erit praestanda, ne in futurum prohibeatur, donec constet, debeatur servitus nec ne . arg. supra si serv. vend. [8, 5] l. *egi* [12] et l. *harum* [7].

Besonders häufig wird die richterliche Auflage der cautio de non amplius turbando als Stück des Urtheils beim Uti possidetis erörtert. So lehrt Bartolus ad l. un. Cod. uti poss. 8, 6 ad v. *ac satisdatione*:

— pone hoc modo secundum eum [scil. Jacobum de Aretino † nach 1296]: Domine Imperator, vos dicitis, quod rector provinciae vim fieri prohibebit per interdictum Uti possidetis . ille adversarius est ita maledictus homo, quod etiam post sententiam me turbavit [turbabit *scr.*]; quod [quid *scr.*] ergo erit officium iudicis in hoc interdicto, ut non me turbet de cetero? Respondet Imperator, rector faciet de hoc praestari satisdationem scil. de non turbando in futuro, et si nolit satisdare, aufertur sibi possessio et transfertur ad te, et sic fiet de possessore petitor, et hoc modo cognoscetur de proprie-

35) Wetzell System §. 46 zu N. 43.

tate . hoc dicit secundum Jacobum de Aretino et melius quam glossa. et magis no. licet haec lectura sit magis bona in illo ultimo versiculo et licet in se sit vera, tamen hodie corrigitur, ut gl. dicit et ibi dicam. Teneas ergo lecturam Jacobi de Aretino, quam ipse probat argumento harum legum [*leg.*: l. *harum* (7)] et l. *egi* [12] D. si serv. vind. [8, 5]. Ego do tibi casum D. de it. [43, 19] l. 3 §. *in hoc interd.* [3] et de aq. cott. et aest. [43, 20] l. penult. [7]. [35a])

Gerade diese naive Weise, in die, hinsichtlich der satisdatio freilich nur geschichtliche Auslegung vertragende, l. un. cit. jene Caution hineinzulesen und dieselbe somit zur satisdatio zu gestalten, beweiset sehr überzeugend, wie lebhaft die Commentatoren das Bedürfniß nach ihr fühlten.

35a) S. auch Bartol. ad l. 1 §. 6 (interdictum) D. uti poss. 43, 17 unter 10: Secundo dixi, quod debet concludi, ne in futurum molestetur, hic quaero, an debeat petere de hoc sibi satisdari. Ultramontani dicunt, quod sic . et de hac satisdatione, ut dicunt ipsi, loquitur l. 1 i. f. Cod. eod. Istam opinionem puto veram per l. 3 in §. *hoc interdicto* [3] et ibi nota . infra de itin. actuq. priv. infra de aq. cott. l. pen. — ad l. 3 (*si duo*) §. *in hoc interdicto* (11) eod. unter 1: Gl. ponit hic casum. nota text. ibi *hoc nequaquam* etc. et secundum hunc casum habes, quod quis condemnatur, quod non turbet. Et dico, quod de hoc potest cogi cavere ut infra tit. II [D. 43, 19] l. 3 §. *in hoc interdicto* [3] et de aq. cott. et aest. l. pen. — ad l. 3 §. *in hoc interdicto* [3] D. de it. actuq. priv. 43, 19: Quaero, ad quid debet fieri condemnatio in hoc interdicto. Glossa dicit, et bene, ad tria. Primo, ne prohibeatur, ut caveat, in futurum non prohiberi, ut condemnetur ad interesse prohibitionis praeteritae. Ita dicit gl. et bene. Ego dixi supra tit. secundo [D. 43, 17] l. 1 §. pen. Et ex hoc scis, qualiter debeat formari libellus.

Wo möglich noch deutlicher tritt dies Gefühl heraus bei Andreas Gaill, practicarum observat. lib. I obs. CXVI no. 5, wo auf Grundlage eines Urtheils des Reichskammergerichtes gelehrt wird, es könne die in der Klagbitte wie im Urtheil übergangene cautio de non molestando in futurum noch in der Executionsinstanz nachgeholt werden: quia victori non esset satis prospectum ratione tantum praeteritae et praesentis turbationis, nisi etiam ei cautum sit de futura turbatione: quod videlicet adversarius in futurum eum molestare nolit.

Obwohl man sich davon überzeugte, daß die cautio de non amplius turbando beim Uti possidetis aus l. un. Cod. uti poss. 8, 6 nicht hergeleitet werden könne, [36]) so behielt man dieselbe doch bei, [37]) wenngleich später, wie es scheint, ohne satisdatio. [38]) Sodann aber schrieb der Jüngste Reichs-Abschied §. 162 vor:

36) Menochius († 1607) de adipiscenda retinenda et recuperanda possessione commentarii, de retinenda poss. remed. III n. 811—817.

37) Petr. Friderus Mindan. († 1616) de interdictis tit. VII n. 6. Schilter praxis iuris Romani in foro germanico (zuerst 1675—1680) exerc. ad pand. XLVII §. 60. Berger oeconomia iuris (zuerst 1712) lib. II tit. 6 n. 8. Lauterbach collegii theoretico-practici pars tertia (zuerst 1714) lib. XLIII tit. 17 §. 12. J. H. Boehmer exercitationes ad pandectas tom. V exerc. XL §. 9 (1720). P. Mülleri additio ε (1738) zu Struvii syntagma iuris civilis exerc. XLV lib. XLIII tit. 17 §. 121.

38) Dies ergiebt sich aus der Bemerkung Leysers, meditationes ad pandectas vol. VII spec. 58 §§. 15 sq.: Ego, si iudex hac iudicandi formula: Daß Kläger bei dem Besitze des streitigen Gartens zu schützen, und Beklagter sich aller Beeinträchtigung bei 100 Reichsthaler oder Gefängnißstrafe zu enthalten schuldig: in posses-

„In allen Fällen und Sachen aber, welche, weilen die Urtheil allein ad omittendum vel non faciendum gerichtet, keiner andern Execution unterworfen, als daß der verlustigte Theil a certo aliquo facto abstinire, soll demselben uf den Fall einiger Contravention ebenmäßig eine gewisse Poen bestimmet, und da er der ergangenen Urthel zuwider handelte, nicht allein mit der Declaration poenae gegen ihme verfahren, sondern auch ein kurzer Termin ad praestandam cautionem de non amplius turbando, impediendo, excedendo, attendando, offendendo, angesetzt u. s. w. werden."

Und es kann nicht dem geringsten Zweifel unterliegen, daß hiernach jene Caution, ebenso wie bei der negatoria und der confessoria actio, im allgemeinen überflüssig geworden ist [39]) und nur bei fortgesetztem Ungehorsam auferlegt werden darf, und zwar dann mit Sicherheitsleistung.

sorio summariissimo utatur, nunquam actorem vidi, qui cautionem de non amplius turbando decerni mallet. Lauterbach a. a. O. scheint dagegen noch Realcaution zu verlangen, wenn er als gewöhnliche Urtheilsclausel angiebt: „Daß auch mit Leistung genugsamer Caution de non contraveniendo Sententiae, bis zu Erörterung des petitorii, gehorsamlich gelebet seye."

39) Eck die sog. doppelseitigen Klagen S. 64 N. 225. Auffallend ist es, daß die in N. 37 genannten Schriftsteller von Schilter ab auf den JRA. keinen Bezug nehmen, noch mehr, daß auch Leyser a. a. O. (N. 38) es nicht thut, obwohl er die cautio de non amplius turbando mit Recht für überflüssig hält. Auch die Bemerkung v. Savignys Recht des Besitzes §. 38 7. Aufl. S. 409 zu N. 1, wonach das Recht eine Caution wegen fernerer Störung aufzulegen, schon in dem allgemeinen Rechte der Execution liegt und deshalb einer positiven Bestätigung nicht bedarf, läßt den JRA. unberücksichtigt. Die Dissertation von C. F. Conradi cautio de non amplius

Eben diesen Standpunct hält die Civilproceßordnung für das Deutsche Reich §. 775 fest, mit der Maßgabe, daß die Strafandrohung, wenn sie in dem die Verpflichtung aussprechenden Urtheile nicht enthalten ist, auf Antrag erlassen werden muß; die Sicherheitsleistung aber nur auf bestimmte Zeit auferlegt werden darf. [40])

Wenn wir darin nicht irren, daß im Rechte Justinians mit einer Klage ex causa eines prohibitorischen Interdictes nur für solchen Schaden Ersatz gefordert werden konnte, welcher nach der Litiscontestation aus derselben ein-

turbando in iudicio possessorio usu fori recepta Helmst. 1737 liegt mir nicht vor. Nach der Darstellung Heimbachs in Weiskes Rechtslexikon Bd. 5 S. 629 zu N. 75 scheint sie die Caution als satisdatio zu verlangen, was auch Heimbach thut.

40) CPO. §. 775: Handelt der Schuldner der Verpflichtung zuwider, eine Handlung zu unterlassen oder die Vornahme einer Handlung zu dulden, so ist er wegen einer jeden Zuwiderhandlung auf Antrag des Gläubigers von dem Proceßgerichte erster Instanz zu einer Geldstrafe bis zu 1500 Mark oder zur Strafe der Haft bis zu 6 Monaten zu verurtheilen. Das Maß der Gesammtstrafe darf zwei Jahre Haft nicht übersteigen.

Der Verurtheilung muß eine Strafandrohung vorausgehen, welche, wenn sie in dem die Verpflichtung aussprechenden Urtheile nicht enthalten ist, auf Antrag von dem Proceßgerichte erster Instanz erlassen wird.

Auch kann der Schuldner auf Antrag des Gläubigers zur Bestellung einer Sicherheit für den durch fernere Zuwiderhandlung entstehenden Schaden auf bestimmte Zeit verurtheilt werden.

S. dazu Lothar Seuffert in seiner Ausgabe der CPO. 3. Aufl., Windscheid §. 159 N. 36. §. 467 N. 4 und hinsichtlich des Uti possidetis Dernburg Pandekten Bd. I §. 186 zu N. 20.

getreten ist,[40a]) so dürfte es der Folgerichtigkeit zu entsprechen scheinen, daß wir die nämliche Beschränkung des Ersatzanspruches auch für die Gegenwart behaupteten, selbstverständlich mit der durch CPO. §. 239 gebotenen Aenderung, daß als entscheidender Zeitpunct nunmehr die Erhebung der Klage gilt. Indessen glauben wir auf diesem Puncte eine Abänderung des Rechtes annehmen zu sollen.

Freilich erblicken wir dieselbe nicht schon darin, daß seit der Glosse bis auf die neueste Zeit die Ersatzforderung aus prohibitorischen Interdicten unbeschränkt wegen jeden Zuwiderhandelns gegen das edictmäßige Verbot gewährt zu werden pflegte.[41]) Denn dies beruht einfach auf einer irrigen Auslegung einzelner Quellenaussprüche, welche, ohne Stütze in einer selbständigen Rechtsanschauung, zweifel-

40a) S. oben §. 1840 Ziffer 124 S. 469 zu N. 8 und S. 482 zu N. 38.

41) Vgl. Gl. ad l. 1 pr. D. uti poss. 43, 17 ad v. *neque pluris*: — si vinco te hoc interdicto, iudex, qui te condemnat, ut me non inquietes, condemnabit et te in meo interesse, i. e., quanti mea interest possedisse retro ab anno etc. ad l. 3 §. 11 eod. ad v. *In hoc interdicto* i. f. ad l. 3 §. 3 D. de itin. actuq. priv. 43, 19 ad v. *quanti*]: — Item debet condemnari ad damnum, quod hic passus est propter prohibitionem, puta si circa fructus damnum passus est, quia colligere eos non potuit ideo, quia via uti non potuit. et est sic supra Uti possid. [43, 17] lege *Si duo* [3] §. fin. [11]. Alii hic exponunt, quando dicit scilicet per contumaciam se nunquam desinere, quin prohibeat me volentem uti, tunc quidem condemnabitur, quanti mea interest, non prohiberi. Sed prima placet secundum Irnerium et Hugonem. Durantis Specul. iud. lib. IV partic. II De causa possessionis et proprietatis §. 1 unter 7 (s. oben S. 505). Bartolus ad l. 1 D. uti poss. 43, 17 pr. n. 10 (oben S. 506).

los der Billigkeit widerspricht. Oder wie sollte es sich mit dieser vereinbaren, daß der Zuwiderhandelnde ohne jedes Verschulden haftbar gemacht wird? [42]) Allein umgekehrt genügt es auch der Billigkeit gewiß nicht, wenn ein Zuwiderhandeln vor der Klagerhebung selbst dann ungeahndet bleibt, wenn dasselbe im Bewußtsein der Widerrechtlichkeit geschieht. Ist aber anderswo das Bestreben erfolgreich gewesen, soweit dies dem Wesen des materiellen Klagrechtes nicht zuwiderläuft, [43]) der Billigkeit in der richterlichen Thätigkeit auch da Spielraum zu gewähren, wo der römische Klagmechanismus es nicht gestattete, [44]) so wird dies auch der Fall sein müssen hinsichtlich der Forderung auf Ersatz solchen Schadens aus der Zeit vor der Klagerhebung, welcher auf ein Verschulden des Beklagten zurückgeführt werden kann.

In der That ist diese Anschauung zur Geltung gelangt hinsichtlich der negatoria und der confessoria actio: [45]) wir haben sie nicht minder für die Klagen ex causa prohibitorischer Interdicte anzuerkennen. [46])

42) Ihering das Schuldmoment S. 6 f.

43) Wie z. B. hinsichtlich der s. g. materiellen Wechselstrenge, überhaupt hinsichtlich des Inhalts einer obligatio stricta.

44) Z. B. hinsichtlich der Verzugszinsen beim Darlehen.

45) Windscheid Pandekten (seit Aufl. 2. 1867) §. 198 zu N. 5. §. 217 zu N. 2. Seufferts Archiv Bd. 21 Nr. 213 (OAG. Berlin 1868). Bd. 32 Nr. 15 (oberstes LG. für Bayern 1875) Bd. 38, Nr. 106 (dass. 1881) Bd. 38, Nr. 9 = Entsch. des Reichsgerichts in Civilsachen Bd. 6 Nr. 61 (RG. 1882). Dernburg Pandekten Bd. 1 §. 255 zu N. 19. §. 256 zu N. 12.

46) So Windscheid Pandekten §. 159 zu N. 3a und N. 5a. Dernburg Pandekten Bd. 1 §. 186 unter 5c zu N. 21 hinsichtlich des Uti possidetis. Vgl. freilich Bruns Besitzklagen S. 57 unten f. „Die heutige Praxis unter-

Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich hat von den mannigfaltigen Rechtsbehelfen, welche ex causa prohibitorischer Interdicte entspringen, nur wenige aufgenommen, nämlich nur die Klagen wegen Störung in der Inhabung (§§. 820 f.) und wegen Verhinderung an oder Störung in der Ausübung einer Grunddienstbarkeit (§. 979) und einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit (§. 1048). Diese wenigen gehen auf Wiederaufhebung einer durch verbotene Eigenmacht bewirkten Störung, und, wenn weitere Störungen nach den Umständen zu besorgen sind, auf die Verurtheilung des Störers zur Unterlassung weiterer Störungen; ein Anspruch

scheidet nicht." In letzterm Sinne hat der dritte Civilsenat des Reichsgerichts am 6. April 1888 erkannt (Entsch. Bd. 21 Nr. 35 = Seufferts Archiv Bd. 43 Nr. 270): „Das angestellte Interdict (zum Schutze des Gebrauchs eines öffentlichen Weges) geht — nach der zwar bestrittenen, aber für richtig zu erachtenden Ansicht auch auf Schadensersatz, ohne daß es dabei nach den nur für die negatorische Klage geltenden Grundsätzen des Nachweises eines besonderen Verschuldens des in Anspruch genommenen Störers bedürfte." Umgekehrt hat derselbe Senat am 19. März 1886 bei den Interdicten zum Schutze des Gebrauchs öffentlicher Flüsse (Entsch. Bd. 15 Nr. 38 = Seufferts Arch. Bd. 42, Nr. 9, wo jedoch gerade dieser Satz fehlt) die Verurtheilung zum Schadensersatze dadurch gerechtfertigt, „daß das anzuwendende Interdict nicht blos prohibitorischer, sondern auch restitutorischer Natur ist." Die u. E. richtige Entscheidung hat der nämliche Senat am 9. Jul. 1886 gefällt (Entsch. Bd. 16 Nr. 31 = Seufferts Arch. Bd. 42 Nr. 8): „das ihre [der Beklagten] Schadensersatzpflicht bedingende Schuldmoment wird — mit Recht darin gefunden, daß sie — bei der Einführung der Abfallwässer in den Fluß sich der schädigenden Eigenschaften derselben bewußt gewesen sind."

auf Ersatz eines Schadens dagegen findet überhaupt nicht statt. Ganz entsprechend gestattet der Entwurf die Negatorienklage (§. 943) und die confessoria wegen einer Grunddienstbarkeit (§. 978).

Uns ist hier der Entwurf besonders aus dem Grunde von Bedeutung, weil er bekundet, daß seine Verfasser den eigentlichen Inhalt der Klagen ex causa prohibitorischer Interdicte, die Erwirkung eines Verbotes für die Zukunft, da, wo weitere Störungen zu besorgen sind, doch keinesweges für überflüssig gehalten haben, wie ja auch „die Wiederaufhebung der Störung" nicht sowohl als Herstellung des frühern Zustandes in Betracht kommt, denn vielmehr als Beseitigung der Störung für die Zukunft. Einen „restitutorischen Charakter" [47]) haben diese Besitzklagen des Entwurfs entschieden nicht.

130. 3) Das Verhältniß der exsecutio iure potestatis zu den prohibitorischen Interdicten.

Es mag dahin gestellt bleiben, ob die Glosse den Unterschied beider Rechtsbehelfe richtig erfaßt hat. [48])

47) Vgl. Schmidt a. a. O. S. 329 vgl. oben §. 1840 Ziffer 124 S. 465 zu N. 2.

48) Zu l. 5 §. 27 D. ut in poss. legat. 36, 4 bemerkt sie nichts. Zu l. 1 §. 2 D. de migr. 43, 32 sagt sie ad v. *infrequens*: i. e. valde frequens, cum et detur utile [scil. interdictum de migrando] colono etiam. vel i. e. minus frequens, cum nunquam detur colono et inquilino non detur, sed extra ordinem subveniatur. Große Schwierigkeit macht ihr das Verhältniß von l. 3 pr. D. ne vis fiat ei 43, 4 zu l. 1 §. 2 D. si ventr. nom. 25, 5; sie findet indessen die Lösung: ibi [scil. in l. 1 §. 2 cit.] subaudi „tantum" vel aliter, ut ibi. Dem entsprechend sagt sie zu l. 1 §. 2 cit. ad v. *vel manu ministrorum* i. f.: secundum hoc dic, non praetoria potestate, scil. tantum, civilis tamen sit per ius ordinarium.

Jedenfalls hat Durantis den Gegensatz beider Wege recht wohl verstanden. Nachdem er Specul. lib. IV partic. II De eo, qui mittitur in possessionem n. 4, wie oben mitgetheilt, [49]) die dem gehinderten immissus nach seiner Wahl zuständigen Rechtsbehelfe des interdictum Ne vis fiat ei etc. auf Verbot fernerer Behinderung und der actio in factum auf Schadensersatz dargelegt hat, fährt er n. 5 fort: Si vero non vis praedictas actiones proponere, sic concipe libellum. Lib. Coram etc. usque *decreverat* et adde: unde, quod in possessionem rerum illarum mittat manu militari, officium iudicis propono et vestrum officium, domine iudex, imploro. D. eod. [sc. 43, 4] l. *Si quis missus* [3]. Credo tamen, quod ex officio et sine libello hoc procedat et de plano, ut in eadem lege. [50])

In gleicher Weise hält noch Menochius in seinem 1571 veröffentlichten Werke de adipiscenda, retinenda et recuperanda possessione remediis die Unterschiede der drei Rechtsbehelfe fest. Das interdictum Ne vis fiat ei, qui in possessionem missus est, verbietet die Behinderung des missus, die actio in factum geht auf Schadensersatz wegen erlittener Behinderung, [51]) die exsecutio iure potestatis

49) Ziffer 129 S. 505 f.

50) Ebenso Specul. lib. IV partic. I De libellorum conceptione §. 9 n. 15. Entsprechend gibt er lib. IV part. II De eo, qui mittitur in possessionem cit. n. 6 sq. dem missus, der wieder ausgetrieben worden ist, die Wahl unter restitutorischem interdictum Ne vis fiat auf Restitution, actio in factum auf Schadensersatz und imploratio des officium iudicis.

51) De retin. poss. remed. I n. 81. Quaero decimo quinto, an hoc interdictum detur pro interesse prohibitionis factae? Et dari solum actionem in factum extraordinariam certum est et probat l. 1 §. *haec verba* [5] et l. ult. [§. 2] D. ne vis fiat ei [43, 4].

erzwingt unmittelbar die Nichtbehinderung der Besitznahme.[52])

Wo die Zwangsvollstreckung der Verurtheilung zu einem Unterlassen nur durch Ungehorsamsstrafen erfolgen kann,[53]) ist in der That der Unterschied der Klage ex causa eines prohibitorischen Interdictes und der unmittelbaren richterlichen Erzwingung desjenigen, dessen Ausführung eben nicht verhindert werden soll, ein wesentlicher. So erscheint er denn auch bei den Praktikern;[54]) und so erwähnt ihn als geltenden mit Recht Wetzell.[55]) Indessen war ihm sein Hauptanwendungsgebiet, die missio in bona rei servandae causa, auf welche man irrigerweise das interdictum Ne vis fiat ei etc.[56]) und die exsecutio iure potestatis erstreckt hatte, durch JRA. §. 36 entzogen worden.

Heute ist dieser Gegensatz gegenstandslos. CPO. §. 777 sagt:

„Leistet der Schuldner Widerstand gegen die Vornahme

52) L. c. n. 12: Ego intelligo „melius“ [scil. extra ordinem iure suae potestatis exsequi in l. 3 pr. D. ne vis fiat ei 43, 4] — hoc est tutius . siquidem vel iudicis praesentia vel manus militaris facilius audaces coercebit, quam si interdicto praecipiat vel prohibeat.

53) Vgl. Wetzell System §. 50 zu N. 93 f.

54) S. z. B. Schilter praxis iur. Rom. in foro Germ. exerc. XLVII §. 31. Stryk usus modernus pandectarum lib. XLIII tit. IV §. 2. Struv syntagma excerc. XLV ad lib. XLIII tit. IV §. 40 und Mülleri additio ad h. l. Lauterbach colleg. theoretico-practic. lib. XLIII tit. IV §. 11.

55) A. a. O. §. 50 N. 88, nämlich bei der Immission für die Erzwingung der cautio damni infecti und der cautio legatorum nomine, welche Wetzell für praktisch hält.

56) S. oben §. 1839 Ziffer 115 S. 358 zu N. 49a.

einer Handlung, welche er nach den Bestimmungen der §§. 773, 775 zu dulden hat, so kann der Gläubiger zur Beseitigung des Widerstandes einen Gerichtsvollzieher zuziehen, welcher nach den Bestimmungen des §. 678 Abs. 3 zu verfahren hat."

An letzter Stelle aber heißt es:

„Er [nämlich der Gerichtsvollzieher] ist, wenn er Widerstand findet, zur Anwendung von Gewalt befugt und kann zu diesem Zwecke die Unterstützung der polizeilichen Vollzugsorgane nachsuchen. Ist militärische Hülfe erforderlich, so hat er sich an das Vollstreckungsgericht zu wenden."

Nach dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich sollen sämmtliche Interdicte, bei welchen bis zur CPO. die geschilderte Concurrenz der exsecutio iure potestatis stattfand, auch als solche verschwinden.

131. 4) Die Behandlung der interdicta duplicia.

Ganz besondre Schwierigkeit hat der wiedererwachten wissenschaftlichen Betrachtung des römischen Rechtes von jeher die in dessen Quellen so unbestreitbar bezeugte Duplicität gewisser Interdicte verursacht. Es fehlt jetzt eine Form des Klagantrags, welche den Richter in den Stand setzen könnte, auf Verlangen des Beklagten auch ohne eine förmliche Widerklage desselben den Kläger wegen der Hauptsache zu verurtheilen. So vermochte man nicht, für die Gegenwart ein iudicium duplex im eigentlichen Sinne aus jenen Interdicten zusammenzufügen. [57]) Nicht minder aber

57) Durchaus zutreffend heißt es bei Schweppe das Römische Privatrecht in seiner heutigen Anwendung fortgesetzt von W. Meier 4. Ausg. Bd. 3 §. 558 a. E.: „Daß auch jeder der Theile als Kläger auftreten oder

fehlte auch die erforderliche Kenntniß des classischen, wie des justinianischen Proceßrechtes, um wenigstens für die Vergangenheit die Duplicität zu begreifen und sodann von solchem geschichtlichen Verständnisse aus den fraglichen Begriff als einen für die eigne Gegenwart unbrauchbaren zurückzuweisen.

Man verleugnet den obersten Grundsatz des Civilprocesses, die Verhandlungsmaxime, wenn man die Möglichkeit zugesteht, daß der Kläger ex causa eines ehemaligen interdictum duplex ohne Antrag des Gegners wegen der Hauptsache verurtheilt werden könnte. Gemäß der nämlichen Maxime aber läßt sich der zu dieser Verurtheilung schlechthin erforderliche Antrag auch nicht etwa in der Form der reinen Vertheidigung stellen: es ist dazu ein förmlicher Klagantrag mittels einer Widerklage unentbehrlich.[57a]) Damit ist jedoch die Duplicität der Klage aufgegeben.

die Klage anstellen könne, folgt hieraus [nämlich aus der Natur des interdictum mixtum s. duplex] consequenterweise von selbst; nur daß nach unseren Deutschen Proceßordnungen, Proceßtheorien und Rechtsgewohnheiten diese Römische Ansicht niemals scheint praktisch geworden zu sein, noch werden können, ist eben so klar."

57a) Dies hat völlig verkannt v. Vangerow Lehrbuch der Pandekten Bd. 1 §. 336 Anm. 1 unter 4. 7. Aufl. S. 676 ff. Für möglich wenigstens („vielleicht") hält die Auffassung v. Vangerows als „praktische Consequenz des Umstandes, daß noch in den Pandekten das Interdict schlechthin als duplex bezeichnet wird," Witte das interdictum Uti possidetis S. 134. Vgl. dagegen Eck die sog. doppelseitigen Klagen S. 74 ff. Unverständlich ist mir, wie sich Dernburg Pandekten Bd. 1 §. 186 unter 2 (vgl. unter 4a) die Doppelseitigkeit der ordentlichen Besitzklage denkt, bei welcher „Kläger und Beklagter die gleiche Stellung haben," so daß der Richter, wofern er findet, nicht der Kläger, sondern der

Sofort aber scheint sich ein anderes Bedenken zu erheben. Ist in der That gegenüber der Klage auf Schutz im gegenwärtigen Besitze eine Widerklage auf Schutz im Besitze des Klaggegenstandes zulässig? Man möchte geneigt sein, dies für geradezu undenkbar zu erklären, sofern solche Widerklage doch auch Schutz im gegenwärtigen Besitze beanspruche, nun aber eine possessio plurium in solidum unmöglich ist, und folglich, falls der Kläger wirklich gegenwärtiger Besitzer ist, der Beklagte es nicht sein, also auch nicht als solcher geschützt werden kann. Allein weshalb müßte denn im vorausgesetzten Falle die Widerklage schlechterdings auf Schutz im gegenwärtigen Besitze gehen? weshalb dürfte nicht auch der Anspruch auf Rückgabe des vom Kläger vitio ergriffenen Besitzes den Inhalt der Widerklage bilden?

Wird indessen dies, wie es kaum anders angeht, einfach bejaht, so kann schwerlich bestritten werden, daß auch umgekehrt der Klage auf Rückgabe des dem Kläger vitio

Beklagte besitze, die Klage nicht einfach abweisen darf, vielmehr den Beklagten als Besitzer anzuerkennen hat, und dies zwar sogar ohne Antrag des Beklagten, wie arg. a contrario aus der Bemerkung unter 5c sich ergiebt, wonach „ohne Antrag des Beklagten der Richter zu seinen Gunsten auf Verbot der Besitzstörung und Schadensersatz nicht erkennen" kann. Auch sehe ich weder, wie ohne Verbot der Besitzstörung eine solche richterliche Anerkennung des beklagtischen Besitzes die Besorgniß abzuwenden vermöge, „daß der durch Urtheil nicht endgültig geschlichtete gerichtliche Kampf um den Besitz sich außergerichtlich fortsetzte," — noch auch, wie jene, dem obersten Grundsatze des Proceßrechtes zuwiderlaufende, Ermächtigung des Richters, ohne Parteiantrag im Civilprocesse die Anerkennung eines Verhältnisses auszusprechen, aus rein polizeilicher Rücksicht entspringen könne.

entzogenen Besitzes eine Widerklage auf Schutz im gegenwärtigen Besitze entgegengestellt werden dürfe.

Diese beiden Fälle von Klage und Widerklage bilden im modernen Processe dasjenige Verhältniß, welches dem alten interdictum duplex so nahe kommt, als es eben der moderne Proceß erlaubt.

Es scheint vielleicht ein leerer Wortstreit zu sein, ob man in diesen Fällen den Rechtsbehelf der thatsächlich nicht besitzenden Partei, dem wirklichen Sachverhalte gemäß, als remedium recuperandae possessionis bezeichnen will, oder, in Erinnerung an das alte interdictum duplex, als remedium retinendae possessionis mit recuperatorischer Wirkung. Allein in der That macht es einen erheblichen Unterschied, ob man die Grundsätze des einen oder des andern anwendet: dem remedium retinendae possessionis steht die exceptio vitiosae possessionis entgegen, dem remedium recuperandae possessionis nicht. [58]) Konnte aber, wie wir annehmen, im classischen Rechte und noch bei Justinian mit dem interdictum retinendae possessionis duplex, und zwar ohne Unterschied, wer dasselbe erwirkt bezw. die Klage ex causa interdicti angestellt hatte, auch diejenige Partei die Verurtheilung des Gegners wegen der Hauptsache durchsetzen, von welcher Letzterer vitio besaß: so würde die Beseitigung der Duplicität bei diesem Interdicte weit über processualische Wirkungen hinaus recht eigentlich in das materielle Recht des Besitzschutzes eingegriffen haben, wenn sie für die fraglichen Fälle schlankweg die Grundsätze

58) Dies gilt auch für das interdictum de precario, sofern man dasselbe hierher stellen kann: durch Annahme des Precarium verzichtet der Precarist auf die Geltendmachung des vitium, welches ihm gegenüber dem Besitze des precario dans anhaftet. S. auch l. 2 pr. D. de prec. 43, 26.

des remedium recuperandae possessionis anzuwenden nöthigte. Dafür liegt ein sachlicher Grund ganz sicher nicht vor; es kann nicht einmal als eine inelegantia iuris gelten, wenn die von uns vertretene Ansicht so ausgedrückt wird: gegenüber dem vitio a se possidens gilt der frühere Besitzer in dem Sinne als gegenwärtiger Besitzer, daß er das interdictum retinendae possessionis mit recuperatorischer Wirkung gegen jenen solange anstellen kann, als Letzterer selbst den Besitz behält.

Eben dieser durch Klage und Widerklage um die iusta possessio gebildete Doppelproceß nun ist heute das ausschließliche Anwendungsgebiet der exceptio vitiosae possessionis, gerade so wie es im classischen und im justinianischen Rechte, im erstern allerdings abgesehen vom interdictum de vi non armata, das doppelseitige Verfahren aus dem interdictum retinendae possessionis war. Sämmtliche Stellen, welche die exceptio vitiosae possessionis hinsichtlich des interdictum retinendae possessionis berücksichtigen, beziehen sich auf das interdictum primarium, also auf das interdictum duplex.[59]) Für das classische Recht ist es unbestreitbar, daß gegenüber dem interdictum secundarium die Berufung auf die Fehlerhaftigkeit des impetrantischen Besitzes völlig ausgeschlossen blieb.[60]) Genau das Gleiche aber müssen wir in Justinians Recht für den Fall annehmen, wo die Klage ex causa eines interdictum retinendae possessionis sich deshalb zum iudicium duplex nicht gestaltete, weil der Beklagte seinerseits Besitzschutz nicht beanspruchte.[61]) Wer gegenüber dem remedium

59) L. 1 pr. §§. 5. 9. l. 2. l. 3 pr. D. uti poss. 43, 17. §. 4a J. de interd. 4, 15. l. 17 D. de prec. 43, 26. Vgl. Windscheid Pandekten §. 159 zu N. 6.

60) Gai. IV, 170. S. oben §. 1836c Ziffer 54 Thl. 1 S. 297 zu N. 2.

61) S. oben §. 1840 Ziffer 125 S. 487 zu N. 44 f.

retinendae possessionis nicht selbst als Besitzer geschützt zu sein verlangt, der kann immerhin bestreiten, daß der Gegner überhaupt besitze, oder daß er selbst vitio vom Gegner besitze; muß er aber eine von beiden Thatsachen anerkennen, so ist er nicht befugt, die Rechtmäßigkeit des gegnerischen, gegenwärtigen oder frühern, Besitzes in Frage zu ziehen. Es ist nicht ersichtlich, weshalb dieser materielle Satz infolge des Umstandes beseitigt sein sollte, daß der moderne Proceß keine Form kennt, das remedium retinendae possessionis als iudicium duplex auszutragen, und nur etwas annäherend Aehnliches durch die Verbindung von Klage und Widerklage um den Besitz herzustellen weiß. Die entgegengesetzte, zur Zeit freilich durchaus herrschende,[62]) Ansicht gelangt zu dem Ergebnisse, einen ewigen Krieg des, seinerseits Besitzschutz nicht beanspruchenden, Beklagten gegen den vitio a se possidens straflos gutzuheißen.[63]) Schwerlich wird ein solches Ergebniß aus legislatorischem Gesichtspuncte Billigung verdienen! Und vollends stellt es aus diesem stellt es aus diesem Gesichtspuncte als launenhaft sich dar, wenn man gleichzeitig die recuperatorische Wirkung des remedium retinendae possessionis leugnet.[64]) Denn damit wird der Selbsthülfe des frühern Besitzers in Wahrheit

62) S. insbesondere Windscheid Pand. §. 159 zu N. 6: „Wesentlich aber für den Anspruch [nämlich auf Schutz des Besitzes gegen Störung] ist unter allen Umständen, daß der Besitzer nicht den Besitz durch eine gegen den Gegner verübte Eigenmacht erlangt habe; aus einer solchen Eigenmacht kann der Gegner eine Einrede gegen den Anspruch des Besitzers hernehmen.“ Als Beweisstellen hierfür bringt dann Note 6 die oben N. 59 angeführten Quellenaussprüche.

63) Vgl. oben §. 1840 Ziffer 125 a. E. S. 487.

64) Wie es z. B. thut Wendt, das Faustrecht in v. Iherings Jahrb. Bd. 21 S. 223 ff.

die Berechtigung überhaupt abgesprochen: wie rechtfertigt es sich, daß er trotzdem den iniuste a se possidens „impune“ stören, nur beileibe nicht entsetzen, darf? [65])

Um so bedenklicher erscheint es, daß der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich §. 820 Abs. 2 der Einrede der fehlerhaften Inhabung gegenüber der Klage wegen Störung im Besitze unbedingt stattgiebt. Es ist dies um so schwerer verständlich, weil die Einrede hier nicht etwa von der herrschenden Ansicht über das bisher geltende Recht gewissermaßen kraft des Beharrungsvermögens übernommen ist, sondern mit nüchternster Folgerichtigkeit aus dem Umstande hergeleitet wird, daß der Entwurf §. 819 Abs. 2 die nämliche Einrede gegen die Klage wegen Besitzentziehung gegeben habe. [66]) Ist sie doch nicht einmal hier am Platze! „Es wird vielmehr die Bestimmung des §. 819 genügen, daß die Besitzklage durch verbotene Eigenmacht begründet werde. Denn gerade dann hat von selbst die Vertheidigung Raum, daß kein Fall verbotener Eigenmacht vorliege, und der Beklagte wird ohne weiteres die Vorschriften des §. 815 zur Geltung bringen können, daß er nur gethan habe, was ihm hier zu thun gestattet sei.“ [67])

Uebrigens ist es selbstverständlich, daß auch nach dem Entwurfe der wegen Besitzstörung Belangte nicht nur die

65) Wendt Besitz und Inhabung im Archiv für die Civilistische Praxis Bd. 74 S. 147: „Bei der prohibitorischen Besitzklage hat aber die exceptio vitii noch weniger legislatorische Berechtigung [nämlich als bei der Klage wegen Besitzentziehung]; denn wozu mit ihr einen Freibrief zu Störungen des Besitzers geben, womit doch nur der freundnachbarlichen Chicane und den gegenseitigen Vexationen Thür und Thor geöffnet wird?“

66) Motive. Amtliche Ausgabe Bd. 3 S. 126.

67) Wendt a. a. O. Arch. Bd. 74 S. 147.

Einrede der fehlerhaften Inhabung gebrauchen, sondern seinerseits die Widerklage wegen Besitzentziehung anstellen kann, wie umgekehrt nicht minder der Klage wegen Besitzentziehung neben der Einrede der fehlerhaften Inhabung sich auch die Widerklage wegen Besitzstörung entgegenstellen läßt. In diesem Sinne würde also auch nach dem Entwurfe gerade so wie nach bisherigem gemeinen Rechte ein doppelseitiger Besitzstreit möglich bleiben.

132. 5) Die Handhabung der Popularinterdicte.

Die Lehr- und Handbücher tragen bis weit in das laufende Jahrhundert hinein die Lehre von den römischen Popularinterdicten in einer Weise vor, als seien dieselben unzweifelhaft in ihrem ursprünglichen Umfange anwendbar.[68])

Ebenso unbedingt hat scheinbar die Rechtssprechung des vorigen Jahrhunderts die fortdauernde Geltung des Rechtes der Popularinterdicte anerkannt.[69])

68) Es mag hier genügen die Verweisung auf Stryk usus modernus lib. XLIII tit. 12. tit. 13 §. 1. Struv syntagma exerc. XLV lib. XLIII tit. 8 §. 63. tit. 11 §. 78. tit. 12 §. 86. tit. 13 §. 91. Lauterbach colleg. theor.-pract. lib. XLIII tit. 8 §§. 10 und 12. tit. 11 §. 1. tit. 12 §. 4. tit. 13 §. 2. Berger oeconomia iuris lib. II tit. 6 §. 3. — Thibaut System des Pandekten-Rechts Bd. 1 §. 333a. v. Wening-Ingenheim Lehrbuch des Gemeinen Civilrechts Bd. 2 §§. 319 (286). 320 (289). 323 (295). Göschen Vorlesungen über das gemeine Civilrecht Bd. 2 §. 635. v. Keller Pandekten §§. 379 f. — Eine eigenthümliche Zurückhaltung beobachten Mühlenbruch Lehrbuch des Pandekten-Rechts Bd. 1 §. 155 unter C vbd. mit Bd. 2 §. 214 N. 2 a. E. und §. 215 N. 6 und 15 und Schweppe das römische Privatrecht in seiner heutigen Anwendung Bd. 1 §. 85.

69) Ein responsum der Wittenberger Juristenfacultät v. 1712 bei Leyser meditationes vol. VII specim. 51,

Aber es dürfte fraglich bleiben, ob diese Anerkennung sich in der That nicht auf Fälle beschränkt, in denen ein Privatinteresse des Klägers obwaltete.[70]) Indem man fühlte, daß in derartigen Fällen der gerichtliche Schutz nicht füglich zu entbehren sei, wußte man, wie es scheint, zwischen ihnen und den Fällen rein popularer Anwendung die entscheidende Grenze nicht zu ziehen.

Auch Puchta[71]) ist doch nicht weiter gelangt, als bis zu der Behauptung:

„Der Schutz der Sachen, welche dem Privatrecht entzogen, und ihre Erhaltung für den Gebrauch, zu dem sie bestimmt sind, ist eine Aufgabe der Behörden, der sie eine von Parteianträgen unabhängige Thätigkeit zu widmen haben,

ebenso ein Urtheil des OAG. Cassel v. J. 1763 bei de Cannegiesser dec. tribun. appell. Hasso-Cassel. tom. IV dec. 114 §§. 1—3. S. auch v. Bülow und Hagemann practische Erörterungen Bd. 1 (1798) III Erörterung §. 3 S. 54 f.

70) In dem Wittenberger Erkenntnisse der N. 69 wird dies wörtlich zwar bezweifelt, der Sache nach aber deutlich dargelegt. Es handelt sich um die Verengerung einer Dorfgasse um $3^1/_2$ Elle durch Aufrichtung einer Dielenwand (d. h. Scheunenwand); Kläger ist der Nachbar, der nunmehr große Bäume mindestens nur mit erheblicher Erschwerung auf sein Grundstück fahren kann, oder gar nur auf einem Umwege („von hinten"). In dem Casselschen Falle handelt es sich um Ueberschwemmung des „gemeinen Weges" durch „Ausstellung des Mühlenwassers" über denselben seitens des Mittelmüllers; Kläger ist der Untermüller; das erstinstanzliche Erkenntniß sagt: „wenn derselbe [nämlich der Beklagte] das Wasser zu solcher Zeit, wann er dazu berechtiget ist, ohne Klägers oder der Gemeindestraßen Nachtheil auf seine Wiese zu leiten vermögend ist, ihm solches unverwehrt bleibt."

71) Pandekten §. 35a.

und dieses officielle Einschreiten ist heutzutage der gewöhnliche Weg, wie Verletzungen jener Sachen beseitigt werden. Das römische Recht eröffnet aber noch einen andern Weg, den eines Civilverfahrens durch eine Klage gegen den Verletzer, die entweder jedem Glied des Gemeinwesens als Vertreter der Gesammtheit (Popularklage) oder dem zunächst durch die Verletzung Betroffenen gegeben wird. Diesen Klagen, besonders denen der letzteren Art, ist auch heutzutage noch Statt zu geben, wo nicht eine stets bereite und überall ausreichende Amtsthätigkeit sie überflüssig macht."

Soweit also eine derartige Amtsthätigkeit fehlt, würden nach Puchta die Popularinterdicte als solche noch anwendbar sein, aber nicht weiter. Damit würde man einerseits den Einzelnen schutzlos lassen, wo zwar sein Privatinteresse in Frage steht, nicht aber das Gemeinwohl betheiligt ist; anderseits würde es der Einzelne in der Hand haben, durch Anstellung eines Popularinterdictes eine gerichtliche Entscheidung darüber zu veranlassen, ob die zuständige Verwaltungsbehörde das Gemeinwohl in der erforderlichen Weise geschützt habe oder nicht.

Bleibt dabei aber nach der einen Seite ein unverkennbares Schutzbedürfniß unberücksichtigt, so ist nach der andern Seite ein Verfahren vorgezeichnet, welches sich mit den in Deutschland in anerkannter Gültigkeit stehenden Einrichtungen nicht vereinbart. Das Richtige trifft daher Bruns[72]) mit den Worten:

„Die Interdicte bei den res publicae können zwar noch Anwendung finden, aber doch nur soweit sie zum Schutze des Privatinteresses dienen, also soweit sie nicht popular sind. Der Schutz des öffentlichen Interesses bei den Wegen und Flüssen ist dagegen ausschließlich Sache der

72) Zeitschrift für Rechtsgeschichte Bd. 3 S. 410 (kl. Schriften Bd. 1 S. 371) v. J. 1864.

Administrativbehörden, und wird dies auch bei der heutigen Organisation des Staatslebens bleiben müssen, da der Schutz durch die römischen Popularinterdicte doch ein gar zu prekärer und dem Zufall und der Willkür unterworfener ist."

Diese Auffassung hat rasch sowohl in der Lehre, [73]) als in der Rechtssprechung [74]) Beifall gefunden, wie sie in

73) Zustimmend z. B. Arndts Lehrbuch der Pandekten §. 332 Anm. 2. v. Wächter Pandekten I §. 89 unter 6 a. E. Windscheid Lehrbuch des Pandektenrechts Bd. 2 §. 467 zu N. 1 f. Dernburg Pandekten §. 130 unter b. A. M. ist Brinz Lehrbuch der Pandekten 2. Aufl. Bd. 1 §. 86 S. 284 f., dessen eigene Ansicht mir aber nicht verständlich ist.

74) So für das interdictum Ne quid in via publica itinereve publico fiat Seufferts Archiv Bd. XIX Nr. 235 (OAG. Kiel 1865); für das Interdict auf Beseitigung von factum immissum in öffentliche Wege Bd. XXVII Nr. 135 (OAG. Darmstadt 1872); Bd. XL Nr. 51 (OLG. Kiel 1884); für das interdictum Ut via publica itinereve publico ire agere liceat Bd. XXIX Nr. 139 (OAG. Berlin 1874); Bd. XXXII Nr. 47 (Obertrib. Berlin 1874); Bd. XXXVI Nr. 199 (oberstes LG. für Bayern 1881); Bd. XLIII Nr. 219 (RG. 3. Senat 1887); Nr. 270 = Entsch. des RG. Bd. XXI Nr. 35 (ders. 1888); Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen Bd. I Nr. 59 (3. Sen. 1880); für das interdictum Ne quid in flumine publico ripave eius fiat, quo peius navigetur Seufferts Arch. Bd. IX Nr. 293 (OAG. Celle 1855); Bd. XXII Nr. 116 (OAG. Darmstadt 1862); für das entsprechende restitutorische Interdict Bd. XXVII Nr. 205 (OG. Wolfenbüttel 1871); für das prohibitorische interdictum Ne quid in flumine publico fiat, quo aliter aqua fluat, atque uti priore aestate fluxit Bd. IX Nr. 161 zweiter Fall (OAG. Darmstadt 1854); Bd. X Nr. 167 (OAG.

letzterer mehrfach bereits befolgt worden war, noch ehe Bruns sie formulirt hatte.[75]) Sie darf als die herrschende bezeichnet werden.

Wiesbaden 1836); Bd. XIV Nr. 38 (dass. 1847 und 1848); Bd. XXXIV Nr. 11 (Obertrib. Berlin 1877); Bd. XXXVIII Nr. 299 = Entsch. des RG. Bd. VIII Nr. 34 (RG. 3. Sen. 1883); Bd. XLII Nr. 9 = Entsch. des RG. Bd. XV Nr. 38 (3. Sen. 1886); für dasselbe Interdict in sinngemäßer Ausdehnung S. Bd. IV Nr. 96 (OAG. Dresden 1850); Bd. XLII Nr. 8 = Entsch. des RG. Bd. XVI Nr. 31 (3. Sen. 1886); gegen die Ausdehnung S. Bd. XXXII Nr. 141 (OG. Wolfenbüttel 1876) vgl. auch Bd. XXXIV Nr. 11 cit.; für das entsprechende restitutorische Interdict Bd. X Nr. 168 (OAG. Wiesbaden 1846 und 1847); Bd. XVII Nr. 246 (OAG. Jena 1863); Bd. XXVII Nr. 204 (OAG. Rostock 1865); Bd. XXXIII Nr. 131 (OG. Wolfenbüttel 1875); für das Interdict Ut navigare liceat Bd. XLII Nr. 32 (OLG. Braunschweig 1884). — Von diesen Erkenntnissen sprechen mehrere den heutigen Grundsatz über die Anwendung der Popularinterdicte ausdrücklich aus, nämlich S. Bd. IX Nr. 293; Bd. XLIII Nr. 219 und Entsch. Bd. I Nr. 59; ebenso die auf das nicht populare interdictum Ne quid in loco publico fiat bezügliche Entscheidung Bd. XL Nr. 51 (OLG. Kiel 1884). Dagegen wird die Anwendbarkeit der interdicta de via publica wegen Verschlechterung des Weges überhaupt in Abrede gestellt Bd. XXIX Nr. 140 (OG. Wolfenbüttel 1869); und Bd. XXXVI Nr. 95 (oberstes LG. für Bayern 1880) hält den Standpunct Puchtas fest.

75) S. die angeführten Erkenntnisse von Celle 1855 (S. Bd. IX, 293), von Darmstadt 1862 (Bd. XXII, 116), 1854 (Bd. IX, 161), von Wiesbaden 1836, 1847 und 1848 (Bd. X, 167 f.), 1847 und 1848 (Bd. XIV, 38), von Dresden 1850 (Bd. IV, 96), von Jena 1863 (Bd. XVII, 246). Namentlich war dies schon lange die

Gemäß dieser Auffassung muß nun aber auch der Inhalt der Verurtheilung aus den Popularinterdicten eine wesentliche Umgestaltung erleiden.

Soweit es zur Verurtheilung auf das Interesse kommt, kann jetzt ausschließlich das persönliche Interesse des Klägers in Betracht gezogen werden.[76]) Entsprechend kann auf die Beseitigung einer Anlage und auf die Wiederherstellung des frühern Zustandes nur soweit erkannt werden, als das Privatinteresse des Klägers es erfordert. Und in den Grenzen eben dieses Privatinteresses hat sich endlich auch das Verbot einer Störung für die Zukunft zu halten.

Ueber die rechtliche Natur der Verhältnisse, welche durch die in solcher Weise umgestalteten Popularinterdicte geschützt werden, scheint kaum ein Zweifel statthaft: selbstverständlich möchte man dieselben als Delictsobligationen ansprechen. Beklagter hat etwas gethan oder will etwas thun, was an und für sich verboten ist: dafür hat er nun Ersatz zu leisten oder ein richterliches Verbot mit bestimmter Strafandrohung auf sich zu nehmen.[76a]) Und doch dürfte nichts fehlsamer sein.

Ansicht des OAG. Cassel. S. Strippelmann neue Sammlung bemerkenswerther Entscheidungen des OAG. zu Cassel Thl. 2 Nr. XLVII S. 189 ff. Nr. XLVIII S. 196 ff., wo außer der in N. 67 angeführten Entscheidung v. 1763 solche v. 1838 und 1841 (interd. Ne quid in flumine publico fiat, quo aliter aqua fluat, quam priore aestate fluxit, S. 201 ff. S. 210 ff.) mitgetheilt werden. Die Entscheidungen v. 1838 (S. 190 f. unter 2, S. 194 ff. unter 5 und 6) dagegen gehören deshalb nicht hierher, weil sie das interdictum Ne quid in loco publico fiat betreffen, welches nicht popular ist. S. oben §. 1835 Ziffer 8 Thl. 1 S. 54 f. Auch die Entscheidung v. 1840 (S. 204 ff. unter III) gehört nicht hierher: sie beruht auf dem Mühlenregale.

76) Vgl. oben §. 1835 Ziffer 7 Thl. 1 S. 48 zu N. 24.

76a) S. oben §. 1840 Ziffer 127 S. 489.

Es mag hier ganz dahingestellt bleiben, ob die durch eine Person hervorgerufene bloße Besorgniß vor einer Rechtsverletzung schon als widerrechtliche Handlung dieser Person gelten dürfe; nicht minder, ob irgendwo sonst eine Delictsobligation vorkomme, welche lediglich auf ein Unterlassen gerichtet ist. Allein das müssen wir auf das Entschiedenste bestreiten, daß diejenigen Rechtswidrigkeiten, deren wegen der Verletzte ein Popularinterdict im modernen Sinne anstellen kann, stets und nothwendig auch ein subjectives Verschulden des Gegners voraussetzen, wie ein solches zum Begriff des Delictes gehört. Es wird genügen, in dieser Beziehung auf die Ausführung zu verweisen, [77]) womit wir die Ansicht widerlegt haben, es beruhe jede Nichtbefolgung eines persönlich ertheilten Interdictes auf schuldhaftem Ungehorsame gegen die Obrigkeit.

Demnach haben wir das Wesen des durch ein Popularinterdict im modernen Sinne geschützten Verhältnisses anders aufzufassen. Das umgestaltete Popularinterdict schützt das Interesse des Einzelnen an der Mitbenutzung der res in publico usu. Folglich ist die Befugniß des Einzelnen zu dieser Mitbenutzung zu einem wirklichen Privatrechte geworden. Selbstverständlich geht dieses Privatrecht nicht auch dahin, daß die Sache der öffentlichen Benutzung dauernd bestimmt bleibe, vielmehr nur dahin, daß diese ihre Bestimmung, solange dieselbe bestehen bleibt, nicht verletzt werde. Die zuständige Behörde kann mithin, ohne Einspruch des dadurch thatsächlich Geschädigten beachten zu müssen, z. B. einen öffentlichen Weg als solchen eingehen lassen; bis jedoch dies geschehen ist, darf niemand uns an der Benutzung jenes Weges hindern. Wir haben also ein Recht auf die Benutzung der res in publico usu, welches einem servitutischen Nutzungsrechte sehr ähnlich ist. Unleugbar

77) S. oben §. 1838d Ziffer 100 S. 216.

kann dieses Recht Vermögenswerth haben, unter Umständen sogar recht erheblichen. Das tritt sofort heraus, wenn wir uns die Werthverminderung vergegenwärtigen, welche unser Grundeigenthum dadurch erleiden würde, daß dasselbe aus irgend einem Anlasse von der bisher statthaften Benutzung eines öffentlichen Weges oder Flusses abgeschnitten werden sollte. Wenn wir trotzdem derartige Rechte nicht in den Bestand unseres Vermögens einzurechnen pflegen, so erklärt sich das aus zwei Gründen. Einmal hängt ihr Dasein von der fortdauernden Bestimmung der Sache für den allgemeinen Gebrauch ab; und diese Bestimmung erscheint mehr oder minder prekär, selbst da, wo sie auf der natürlichen Beschaffenheit der dienenden Sache beruht, wie bei Flüssen: denn der Fluß kann seinen Lauf in einer für die fragliche Benutzung entscheidenden Weise ändern. Vor allem aber sind die auf der allgemeinen Gebrauchsbefugniß beruhenden Nutzungsrechte für sich unveräußerlich. Ihr Werth kommt also für den Verkehr nur da und nur soweit in Betracht, wo und soweit sie den Werth eines Grundstücks steigern. Hier aber tritt er eben als besonderer Posten nicht heraus.

Hiernach dürfte es gerechtfertigt sein, wenn wir die durch Popularinterdicte in ihrer modernen Anwendung geschützten Verhältnisse als servitutähnliche an den der öffentlichen Benutzung bestimmten Sachen bezeichnen.

Daß der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich diese Verhältnisse nicht berührt, ist bereits erwähnt worden. [78])

78) S. oben Ziffer 129 S. 518.

Beilage

(zu §. 1840 Ziffer 121 N. 11 S. 413 f.).

Ueber den iudex pedaneus in den Pandekten.

Pernice Zeitschrift der Savigny-Stiftung Bd. 7 roman. Abth. S. 106 ff. stellt die richterliche Thätigkeit des iudex datus in den Pandekten und bei Gell. XII, 13, 1 als eines „delegierten Richters" oder „Unterrichters" in begrifflichen Gegensatz zu der Thätigkeit des „iudex privatus", mit welchem nach ihm nur Stadtprätor und Proconsuln geurtheilt haben, während alle anderen Beamten (einschließlich also sogar, wenn ich recht verstehe, des praetor peregrinus) und die kaiserlichen Diener gar kein „Schwurgericht" haben niedersetzen können.

Die als alleiniger Beweis hierfür angezogene l. 2 Cod. de libert. et eor. lib. 6, 7 ergiebt dies nicht einmal für die Zeit Constantins, ihres Verfassers,[1]) geschweige für diejenige der Severe. Und für meine Auffassung gewinnt jene Unterscheidung Ueberzeugungskraft auch nicht durch den darauf getrumpften Bannspruch: wer die Thatsache leugne, daß sich „im Cognitionsverfahren delegierte Richter," welche „technisch iudices dati heißen," „vielfach in den Digesten finden," der verstehe nicht, die Pandekten zu lesen. Selbst wenn es gewiß wäre, daß die von den

1) S. oben §. 1840 Ziffer 121 N. 11 S. 413 f.

magistratus extraordinarii und von den Consuln bestellten iudices dati niemals mittels einer Formel instruirt worden seien, so bliebe es immer recht wohl möglich, daß sie das munus iudicandi ursprünglich völlig gemäß der gleichen Theilung der richterlichen Thätigkeit geübt hätten, wie wir solche für die iudices privati des Formularprocesses kennen, m. a. W., daß sie im Einzelfalle erst dann ernannt worden wären, nachdem der Magistrat das Dasein der Proceßvoraussetzungen festgestellt, die Litiscontestation stattgefunden hatte. Es könnte recht wohl erst im Zusammenhange mit der Beschränkung ihrer Auswahl aus Rechtskundigen [1a]) ihnen auch dasjenige Stück der richterlichen Thätigkeit beigelegt worden sein, welches im Legisactionen- und Formular-Verfahren den Jurisdictionsmagistraten zukam.

Jedenfalls sagen die Pandektenstellen, welche den iudex pedaneus erwähnen, von demselben nichts aus, was nicht mindestens ebenso gut, wie auf den „delegierten Unterrichter," auch auf den iudex privatus des Formularprocesses paßte.

Für die eine der vier in Betracht kommenden Stellen, l. 38 §. 10 D. de poen. 48, 19 = *Paul.* V, 28:

> Judices pedanei si pecunia corrupti dicantur, plerumque a praeside aut curia submoventur aut in exilium mittantur aut ad tempus relegantur —

giebt Pernice selbst S. 109 f. unter d) dies zu. Er glaubt jedoch, daß die Sentenzen des Paulus „in der Fassung, wie sie den Compilatoren vorlagen und uns vorliegen," das Ordinarverfahren, d. h. in seinem Sinne: das in ius (vor dem Magistrate) und in iudicium (vor dem Geschwornen) getheilte Verfahren mit formula, überhaupt nicht mehr kennen. Den Beweis hierfür erblickt er in

1a) v. Bethmann-Hollweg, röm. Civilpr. Bd. 3 S. 121 ff. Vgl. oben §. 1840 Ziffer 122 N. 28 S. 422 f.

l. 46 §. 1 D. de N. G. 3, 5 (*Paul.* lib. 1. sent.).[2]) Auch sei es höchst unwahrscheinlich, daß Paulus in den Provinzen noch den Geschwornen vorgefunden habe. Letzteres mag hier auf sich beruhen; unbestreitbar aber hat gemäß einer Inschrift,[3]) welche den L. Petronius Taurus Volusianus, Consul i. J. 261 nach Christi Geburt, als Mitglied der fünf decuriae iudicum bezeichnet, in dessen frühem Mannesalter, also sicherlich nicht über die Regierung Caracallas (212—217) zurück, in Rom ein album iudicum selectorum bestanden; die sententiae des Paulus aber sind, wo nicht unter diesem Kaiser, doch schwerlich lange nach dessen Tode geschrieben worden.[4]) Nichts jedoch spricht dafür, daß sie sich ausschließlich mit den Rechtsverhältnissen der Provinzen beschäftigt haben. Aus l. 46 §. 1 cit. sodann ist für die ausschließliche Herrschaft der iudicia extraordinaria für die Zeit des Paulus gar nichts zu folgern,

2) Nec refert, directa quis an utili actione agat vel conveniatur, quia in extraordinariis iudiciis, ubi conceptio formularum non observatur, haec suptilitas supervacua est, maxime cum utraque actio eiusdem potestatis est eundemque habet effectum.

3) Orelli n. 3100 = C. J. L. XI, 1836. Mommsen röm. Staatsrecht II, 2 2. Aufl. S. 918 N. 4. O. E. Hartmann röm. Gerichtsverfassung S. 363 N. 43.

4) So Huschke iurisprud. anteiust. ed. V p. 451. Das hodie in l. 9 D. de S. Pr. R. 8, 3 (= R. S. I, 17, 3) weiset wohl auf das in l. 2 D. comm. praed. 8, 4 erwähnte Rescript Caracallas. Nach Krüger Geschichte der Quellen und Litteratur des Römischen Rechts S. 212 zu N. 111 sind die Sententiae „vielleicht erst unter Caracalla“ verfaßt, sofern V, 22, 3. 4 vor Ertheilung der Civität an die Reichsbevölkerung geschrieben seien. Fitting das castrense peculium S. XXXIV N. 13.

wenn man diese Stelle, wie vielfach geschieht, [5]) gerade in den entscheidenden Worten (quia — supervacua est) für interpolirt hält. Indessen wird man auch bei abweichender Ansicht hierüber [6]) kaum umhin können, einzuräumen, daß die Compilatoren dieselbe völlig aus ihrem ursprünglichen Zusammenhange gerissen haben. Schon damit jedoch ist sie jeder Beweiskraft beraubt für die hier allein maßgebende Frage, ob ihr Verfasser neben den extraordinaria iudicia ohne conceptio formularum andre iudicia, sei es ordinaria sei es extraordinaria in Hartmanns Sinne, mit conceptio formularum, also auch mit iudex privatus, gekannt habe.

Demnach steht nichts im Wege, l. 38 §. 10 cit. auch auf den iudex privatus des Formularprocesses zu beziehen, sobald nur die übrigen Stellen dies gestatten.

Nun erscheint es Pernice S. 107 unter a) sicher, daß es sich in l. 3 §. 1 D. ne quis eum, qui in ius 2, 7 (*Ulp.* lib. 5. ad ed.):

Si quis ad pedaneum iudicem vocatum quem eximat, poena eius edicti cessabit —

um den iudex datus, nicht um den Geschwornen handle. Das Edict verbiete, die in ius vocatio gewaltsam zu hindern: es frage sich nach der Tragweite dieser Worte. Von einer in ius vocatio könne aber offensichtlich und zweifellos nicht die Rede sein, wenn einer den andern vor dem Geschwornen zu erscheinen auffordere; denn die Verhandlung vor diesem sei kein ius, sondern iudicium, und die Ladung geschehe nicht durch vocatio sei es der Partei oder des Geschwornen. Dagegen habe man wohl zweifeln können,

5) Z. B. Keller Litiscontestation S. 29. Mühlenbruch Cession 3. Aufl. S. 175 f. v. Bethmann-Hollweg röm. Civilpr. Bd. 2 S. 191 N. 14, S. 309 N. 26.

6) O. E. Hartmann a. a. O. S. 531 N. 45a.

ob die in ius vocatio nicht für den Unterrichter zuträfe; denn dieser sei an Stelle des Magistrates in die Cognition, also in das ius eingetreten.

In der That aber redet die Stelle gar nicht von in ius vocare, ja, sie kann füglich davon gar nicht reden. Jus in diesem Zusammenhange bedeutet nämlich offensichtlich den Ort, wohin, nicht die Thätigkeit, wozu geladen wird: es bezeichnet die Stelle, an welcher ein Magistrat iuris dicendi vel iudicandi gratia consistit, [6a]) m. a. W. die Stätte der Jurisdiction, nicht etwa, in einer erst aus jener ersten abgeleiteten Bedeutung, den Abschnitt des Verfahrens vor der Litiscontestation, welcher gemäß der Theilung der richterlichen Thätigkeit im Legisactionen- und im Formular-Processe vor dem Magistrate verhandelt wurde. Nun steht dem iudex pedaneus noch bei Justinian Jurisdiction nicht zu; [6b]) folglich kann die Aufforderung vor ihm zu erscheinen, selbst dann keine in ius vocatio sein, wenn vor ihm diejenige Verhandlung stattfinden soll, welche im Formularverfahren vor dem Magistrate spielt.

Allerdings wissen wir nicht, wie im Formularprocesse

6a) L. 4 §. 1 D. de interr. in iure 11, 1: (Ulp. lib. 22. ad ed.) Quod ait praetor: „qui in iure interrogatus responderit“ sic accipiendum est apud magistratus populi Romani vel praesides provinciarum vel alios iudices: ius enim eum solum locum esse, ubi iuris dicendi vel iudicandi gratia consistat, vel si domi vel itinere hoc agat. Es kann nicht zweifelhaft sein, daß unter den alii iudices Jurisdictionsbeamte, namentlich wohl die Municipalmagistrate, gemeint sind, nicht iudices privati und pedanei.

Ueber die fragliche Bedeutung von ius s. auch Gai. IV, 29. 164. l. 11 D. de iust. et iure 1, 1. Gell. XX, 1, 45: in ius ducito.

6b) L. 3 Cod. ubi et ap. quem. 2, 46 (s. oben §. 1840 Ziffer 121 S. 414 N. 11).

die Aufforderung, vor dem iudex privatus zu erscheinen, bewirkt wurde;[7]) nichts jedoch steht entgegen, wie immer dieselbe erfolgt sein mag, das vocare unsrer Stelle auf sie zu beziehen, vollends, da es hier nicht sowohl auf die Weise der Aufforderung ankommt, als vielmehr lediglich auf die Verhinderung des Aufgeforderten, der Aufforderung zu entsprechen. Nicht minder gut allerdings paßt dieser Ausdruck auf die Aufforderung, vor dem delegierten Richter der Compilation, sei es in einem der Litiscontestation voraufgehenden, sei es in einem derselben nachfolgenden Termine, zu erscheinen. Zu Justinians Zeit nämlich mußte der Beklagte gleich bei Behändigung des Klaglibells dahin Caution leisten, daß er in dem vom Kläger bezeichneten ersten Verhandlungstermine sich vor Gericht, also wo ein iudex delegatus urtheilte, vor diesem stellen und bis zur Beendigung des Rechtsstreites in iudicio verharren werde;[8]) und wie in der Kundgebung jenes ersten Verhandlungstermines, so lag selbstverständlich in jeder Anberaumung eines weitern Termines in iudicio zugleich eine Aufforderung an ihn, gemäß seiner Caution zu diesem Termine zu kommen. Entsprechendes wird für jeden andern Proceßgang der römischen Kaiserzeit zu behaupten sein. Aus dem vocare ist also für die eigenthümliche Thätigkeit des iudex nichts zu erschließen.

Nicht mehr beweiset für Pernice l. 1 §. 6 D. de postul. 3, 1:

(*Ulp.* lib. 6. ad ed.) — et qui capitali crimine damnatus est, non debet pro alio postulare . item sena-

7) Vgl. v. Bethmann-Hollweg a. a. O. Bd. 2 S. 586 f. N. 1, 6 und 7. Zimmern Geschichte des Römischen Privatrechts Bd. 3 §. 130 S. 395.

8) §. 2 J. de satisd. 4, 11. Vgl. v. Bethmann-Hollweg a. a. O. Bd. 3 S. 250 zu N. 45.

tus consulto etiam apud iudices pedaneos postulare prohibetur calumniae publici iudici damnatus.

Im technischen Sinne des Edictes de postulando findet, wie auch Pernice S. 107 unter b) anerkennt, ein postulare ebenso wenig vor dem „Unterrichter" statt, wie vor dem iudex privatus des Formularprocesses, denn postulare — est desiderium suum vel amici sui in iure apud eum, qui iurisdictioni praeest, exponere: vel alterius desiderio contradicere;[9]) dem iudex pedaneus aber fehlt selbst bei Justinian jede iurisdictio.[10]) Auf alle Fälle muß also das postulare, welches in dem erwähnten Senatusconsultum gemeint ist, in erweitertem Sinne verstanden werden. Warum aber dürften wir es nicht auf Anträge im gerichtlichen Verfahren überhaupt beziehen, — auch auf solche, welche erst nach der Litiscontestation, in iudicio gestellt werden? Pernice irrt offenbar, wenn er behauptet, vor dem Geschwornen habe man Anträge nicht gestellt, und zwar deshalb nicht gestellt, weil derselbe keine Bescheide erlassen habe. Vielmehr erließ auch der Geschworne interlocutiones, so, ganz abgesehen von der pronuntiatio in actiones arbitrariae, welche, sofern sie secundum actorem ergeht, doch nichts Anderes ist, als ein Zwischenbescheid, z. B. bei jeder Anberaumung und Verlegung eines Termines,[11]) bei der Anordnung eines Augenscheines,[12]) bei der Zulassung eines zugeschobenen Eides und der Bestimmung der Folgen für den Fall des Ausschwörens,[13])

9) L. 1 §. 2 D. de post. 3, 1. Vgl. auch l. 4 §. 8 D. de damn. inf. 39, 2: postulare proprie hoc dicimus pro tribunali petere, non alibi.

10) L. 3 Cod. ubi et ap. quem 2, 46 (s. oben §. 1840 Ziffer 121 S. 414 N. 11).

11) Cic. pro Tull. 2, 6.

12) L. 8 §. 1 D. fin. reg. 10, 1.

13) Von den Centumvirn s. M. Annaeus Seneca contro-

bei der Auflage eines Eides,[14]) — und selbstverständlich konnten auf derartige Zwischenbescheide auch Anträge der Parteien gerichtet werden.[15]) Und ebenso selbstverständlich ergingen Parteianträge in iudicio auch da, wo die Entscheidung darüber nicht mittels eines Interlocutes, sondern mittels des Endurtheiles erfolgte, z. B. hinsichtlich der Zulassung oder Verwerfung einer solchen Einrede, quae bonae fidei iudicio inest, eines Anspruchs auf Zinsen, welche officio iudicis praestantur u. s. w. Gewiß vermochte zwar der Geschworne nicht von seiner Richterpflicht sich dadurch loszumachen, daß er die Partei für postulationsunfähig erklärte, obwohl der Prätor mit ihr verhandelt und ihm die Sache überwiesen hatte. Damit jedoch ist die Möglichkeit eines Verbotes, pro aliis in iudicio zu postuliren, keineswegs widerlegt; denn ein pro aliis postulare geschah ja nicht blos kraft processualischer Vertretung, sondern auch in der Eigenschaft des patronus und des advocatus,[15a]) und in dieser Eigenschaft konnte recht wohl jemand in iudicio für die Partei Anträge stellen, der in iure gar nicht aufgetreten war. — Nun aber ist es vollkommen begreiflich, daß man es für unpassend hielt,

vers. lib. III praef. (Bursian lib. VII praef. §. 8 p. 182): Centumviri dixerunt, dare ipsos secundum adversarium Albucii, si iuraret ille; und von demselben Falle Quintil. inst. orat. IX, 2, 95: iudex condicione usus est und Sueton. de rhetor. 6: arripiente eo (*scil. adversario*) condicionem, nec iudicibus aspernantibus. — L. 21 D. de dolo m. 4, 3. Zimmern a. a. O. §. 135 S. 409 N. 5.

14) Quintil. l. c. V, 6, 2. 3. l. 1. l. 31 D. de iureiur. 12, 2.

15) S. z. B. l. 5 Cod. de ed. 2, 1 (Alex.): Antrag auf Urkundenedition.

15a) v. Keller röm. Civilpr. §. 55.

Personen, welche wegen calumnia in einem iudicium publicum verurtheilt worden waren, in irgend einem Abschnitte eines Civilprocesses, also auch nach der Litiscontestation, für Dritte das Wort führen zu lassen. Dagegen wäre es eine launenhafte Halbheit gewesen, jenes Verbot zwar für die Verhandlungen vor dem „Unterrichter" auszusprechen, nicht zugleich aber für diejenigen vor dem iudex privatus des Formularprocesses.

Noch mißlicher steht es für Pernice mit l. 4 D. de tut. dat. 26, 5:

(*Ulp.* lib. 9. ad leg. Jul. et Pap.) Praetor ipse se tutorem dare non potest, sicut nec pedaneus iudex nec compromissarius ex sua sententia fieri potest. [16])

Pernice S. 108 f. meint, es sei von vornherein kaum denkbar, daß Ulpian es für der Mühe werth gehalten haben sollte, ausdrücklich hervorzuheben, der Prätor dürfe sich nicht selber zum Geschwornen ernennen. Formell und materiell wäre das ein Unding: ein Befehl und eine Vollmacht sich selbst ertheilt und eine Vernichtung der verfassungsmäßigen Trennung der Richtergewalten. Und doch habe Ulpian seinen Satz noch zweimal in seinen Schriften wiederholt, [16a]) immer in der nämlichen Zusammenstellung mit dem Vormunde; da aber nenne er den Richter specialis. Alles spreche dafür, daß der specialis wie der pedaneus iudex als „delegierter Unterrichter" anzusehen sei.

Einmal zeige die Verbindung des tutor dativus mit

16) Vgl. l. 4 D. de off. praet. 1, 14: Praetor neque tutorem neque specialem iudicem ipse se dare potest und l. 5 D. de off. praes. 1, 18: Praeses provinciae non magis tutorem quam specialem iudicem ipse se dare potest. — beide aus Ulp. lib. 1 de omnibus tribunalibus.

16a) S. vorige Note.

dem iudex, daß für das Verbot der Selbstübernahme der Function in beiden Fällen der gleiche Beweggrund maßgebend gewesen sei: die zweite Instanz habe nicht verloren gehen sollen. Ist jedoch die Selbstbestellung des Prätors zum Geschwornen an sich denkbar, wie wir alsbald sehen werden, [16b]) so trifft dieser Grund gegen sie mit völlig gleicher Stärke zu, jedenfalls für die Zeit nach Hadrian, für welche mit bestem Fug angenommen werden darf, daß die Appellation auch von den Urtheilen der iudices privati an diejenigen Magistrate ging, welche dieselben bestellt hatten. [16c])

Sodann zeige die Zusammenstellung, daß Ulpian nicht den Stadtprätor im Sinne habe, sondern den praetor tutelaris, „also einen Beamten, der nicht mit Geschwornen urtheilt." Weshalb jedoch sollte der von M. Aurelius geschaffene praetor tutelaris, wenn er streitige Gerichtsbarkeit hatte, nicht ebenso gut mit Geschwornen geurtheilt haben, wie z. B. der von Nerva geschaffene praetor fiscalis, der nach Plin. paneg. 36 Geschworne durch das Loos, also ohne Zweifel sogar aus dem album iudicum selectorum, erhielt? [16d]) Aber hatte der praetor tutelaris überhaupt streitige Gerichtsbarkeit? Soviel ich sehe, sagen die Quellen davon nichts; es ist die reinste Willkür, wenn Cujaz den iudex tutelaris bei Paul. V, 16, 2 [17]) vom praetor

16b) S. unten S. 552 f. zu N. 28.

16c) O. E. Hartmann röm. Gerichtsverfassung S. 524 ff. l. 9 D. qui satisd. 2, 8 (Gai. lib. 5. ad ed. prov.) l. 2 D. a quib. app. 49, 2 (Paul. lib. sing. de app.) l. 1 pr. D. quis a quo app. 49, 3 (Ulp. lib. 1. de app.) l. 3 eod. (Modestin. lib. 8. regul.).

16d) S. Festgaben der juristischen Facultät zu Marburg für Wetzell S. 6 f. N. 23.

17) Judex tutelaris itemque centumviri, si aliter de rebus hereditariis vel de fide generis instrui non possunt,

tutelaris versteht: legt es doch die Zusammenstellung mit den centumviri nahe genug, an den iudex im tutelae iudicium zu denken, dessen Befugniß zur Tortur von Sclaven auch l. 1 §. 3 D. de tut. act. 27, 3 (v.: et hoc officio iudicis convenire placuit) und l. 34 D. de adm. et per. tut. 26, 7 (v.: ad instruendam diligentiam iudicantis) bezeugen. Allerdings kommt die gleiche Befugniß auch dem über die accusatio suspecti tutoris cognoscirenden Prätor zu; [18]) allein dies war nicht etwa der praetor tutelaris, sondern der praetor urbanus, dem jene, auf den 12 Tafeln beruhende, [19]) Cognition als Theil der allgemeinen Civiljurisdiction zustand, [20]) wie denn dessen Edict darüber eine Clausel enthielt. [21]) In welchen Angelegenheiten also hätte der praetor tutelaris iudices pedanei oder compromissarii bestellen sollen?

Wie die remotio suspecti tutoris, so gehört auch die Bestimmung des Aufenthaltes und die Zumessung der Alimente für den Mündel nicht zu den Obliegenheiten des praetor tutelaris, sondern fällt dem Inhaber der allgemeinen Jurisdiction zu. [22]) Damit erscheint zugleich die weitere Behauptung hinfällig, mit welcher Pernice die Beziehung unsrer l. 4 D. 26, 5 auf den praetor tutelaris bekräftigen will, — die Behauptung nämlich, Ulpian

poterunt de servis hereditariis habere quaestionem. S. auch Schrader ad §. 3 J. de Atil. tut. 1, 20 ad v. praetores ex constitutionibus.

18) L. 12 D. de susp. tut. 26, 10.

19) L. 1 §. 2 D. de susp. tut. 26, 10.

20) L. 1 cit. §. 3: (Ulp. lib. 35. ad ed.) Damus autem ius removendi tutores Romae praetoribus. Cf. l. 4 pr. i. f. D. de off. eius, cui mand. 1, 21.

21) L. 1 cit. pr. Lenel ed. perp. S. 255 §. 123.

22) L. 1 pr. D. ubi pup. 27, 2. l. 1 §. 10 D. de insp. ventre 25, 4, beide aus Ulp. lib. 34. ad ed.

handle in den Büchern de omnibus tribunalibus, woher die beiden Parallelstellen in Note 16 entlehnt sind, vom Stadtprätor nicht. Wir werden vielmehr gerade auf dessen Jurisdiction zu beziehen haben aus lib. 1. l. 2. l. 4. l. 7 D. de susp. tut. 26, 10. l. 3 D. ubi pup. 27, 2. Und da das bekannte Senatusconsult v. J. 195 n. Chr. ausdrücklich dem praetor urbanus die Zuständigkeit beilegt, durch sein Alienationsdecret die Veräußerung von Mündelgrundstücken zu bekräftigen, [23]) so werden wir von seiner Thätigkeit auch verstehen müssen aus lib. 2 jener Schrift l. 6 und l. 8 D. de reb. eor. 27, 9 und l. 198 D. de V. S. 50, 16. — Aus demselben Buche gehört hierher l. 31 D. de reb. auct. 42, 5; denn das dort besprochene Veräußerungsverbot an den heres suspectus vermag nur der mit der allgemeinen Civiljurisdiction ausgestattete Prätor zu verhängen. Aus Buch 3 bezieht sich auf den praetor urbanus l. 1 §. 1 D. de off. eius, cui mand. 1, 21 (Alienationsdecret); auf den Prätor mit allgemeiner Civiljurisdiction l. 35 D. de iniur. 47, 10. Aus Buch 4 betrifft auch den praetor urbanus die l. 1 D. de feriis 2, 12 insofern, als die dort erörterte Ferienordnung des M. Aurelius selbstverständlich in erster Linie dessen allgemeine Jurisdiction berührt, wie l. 1 cit. ja auch in §§. 1 und 2 ohne weitern Zusatz den Prätor erwähnt. Aus Buch 5 bezieht sich auf den Prätor mit allgemeiner Jurisdiction l. 8 D. de transact. 2, 15; denn eben diesem steht nach der oratio D. Marci die Genehmigung eines Vergleiches über Alimente zu, welche in irgend einer Weise, nicht etwa lediglich durch Fideicommiß, letztwillig [23a]) angeordnet sind, — nicht dem praetor fideicommissarius. Aus demselben Grunde gilt das Gleiche für l. 1 D. de

23) L. 1 §. 2 D. de reb. eor. 27, 9 (Ulp. lib. 35. ad ed.).
23a) L. 8 cit. §. 2.

alim. legat. 34, 1. Ebenso wird es kaum zweifelhaft sein, daß l. 35 D. de a. vel a. p. 41, 2 (über interdicta retinendae possessionis) und l. 6 D. de conf. 42, 2 (Wirkung der confessio in iure) auch auf die allgemeine Jurisdiction des Stadtprätors bezogen werden muß, wie §. 2 der letzten Stelle den Prätor ja auch ausdrücklich nennt. Aus Buch 6 und 7 besitzen wir Auszüge nicht. Es mag immerhin dahin gestellt bleiben, ob aus Buch 8 l. 1 §. 14 D. de extraord. cogn. 50, 13 hierher gehöre.[24]) Sicher dagegen bezieht sich l. 199 D. de V. S. 50, 16 (Begriff der absentia) auch auf die Gerichtsbarkeit

24) In seinem Aufsatze „Volksrechtliches und amtsrechtliches Verfahren in der römischen Kaiserzeit" in „Juristische Abhandlungen. Festgabe für G. Beseler" 1885 S. 67 hat Pernice die Vermuthung ausgesprochen, in den übrigen Paragraphen der l. 1 cit. sei der Prätor von den Compilatoren gestrichen und hier versehentlich stehen geblieben; es liege am nächsten, anzunehmen, daß durch die in l. 1 cit. §. 9 erwähnte Verordnung der divi fratres, welche die Klage auf Anwaltsgebühren vor den Präses verwies, in der Stadt der Prätor mit der Entscheidung über Honoraransprüche betraut worden sei. Allein ihm dünkt es nicht wahrscheinlich, daß dies gerade der Stadtprätor war, obwohl er eine Sonderprätur für diese Angelegenheiten nicht nachzuweisen vermag. Eine Ausdehnung der prätorischen Competenz liege 1. nicht im Sinne der kaiserlichen Regierung; und 2. wäre es sehr eigenthümlich, daß die Honorarforderung nicht in der actio mandati contraria aufgegangen sei, wenn wirklich derselbe Prätor entschieden habe. — Der erste Grund läuft in dieser Anwendung auf eine petitio principii hinaus; der andre übersieht, daß die actio mandati auch vor Municipalmagistraten verhandelt werden konnte, die Honorarklage nicht, es also unerläßlich war, beide aus einander zu halten. Vgl. auch O. E. Hartmann röm. Gerichtsverf. S. 495 f. N. 15.

des praetor urbanus: die Stelle spricht von abesse extra continentia urbis. Aus Buch 9 endlich darf hiervon mitverstanden werden l. 17 D. ad exhib. 10, 4, welche eine allgemeine Bemerkung über das Verhältniß der actio ad exhibendum zur Hauptklage (iudicium directum) und der actio legis Aquiliae macht. Es hat sich also herausgestellt, daß ein sehr erheblicher Theil der aus Ulpians fraglicher Schrift entnommenen Pandektenstellen ausschließlich von der Gerichtsbarkeit des Stadtprätors handelt, ein andrer Theil immerhin von derselben mitverstanden werden muß. In der That wäre es doch auch mindestens seltsam, wenn ein Werk de omnibus tribunalibus gerade das älteste und wichtigste Tribunal unberührt ließe.

Vielleicht möchte man gegen die Beziehung der Richterbestellung auf den praetor urbanus einwenden, daß zu diesem die Bestellung des Tutors nicht passe, welche doch mit jener in Einem Athem genannt werde. Allein es ist ja gar nicht nöthig, beide Thätigkeiten von dem nämlichen Prätor zu verstehen; es heißt einfach: ein Prätor kann sich selbst weder zum Vormunde, noch zum iudex ernennen, wobei selbstverständlich hinzugedacht wird: „soweit er an sich zu dem Einen oder zu dem Andern zuständig ist.“ Sodann jedoch ist es durchaus nicht gewiß, daß durch die Verordnungen der Kaiser Claudius[24a]) und Marcus Aurelius[24b]) die Bestellung der Tutoren dem praetor urbanus gänzlich entzogen worden ist; es dürfte vielmehr laut Gai. I, 178 (permittitur dotis constituendae causa a praetore urbano tutorem petere) und 184 (aliis — placet adhuc in usu esse) und Ulp. XI, 20 (tutor datur a praetore urbis) und 24 (tutor datur) anzunehmen sein, daß er wenigstens für die hier erörterten beiden Fälle,

24a) Seuton. Claud. c. 23.
24b) Capitolin. vita Marci c. 10.

ungeachtet der allgemeinen Zuständigkeit erst der Consuln, dann des praetor tutelaris, die Bestellung behielt.[240])

Endlich, meint Pernice, werde in einer der Parallelstellen unsrer l. 4, nämlich in l. 5 D. de off. praes. 1, 18, nicht der Prätor, sondern der Präses als derjenige genannt, der den iudex einsetzt; schwerlich aber habe zu Ulpians Zeit in den Kaiserprovinzen noch das ordentliche Geschwornenverfahren stattgefunden. Der specialis und der pedaneus iudex seien hiernach gewiß identisch, aber nicht weil sie beide Geschworne, sondern weil sie beide Unterrichter seien. Dies dürfte eben petitio principii sein. Denn ist es einerseits bis jetzt noch nicht erwiesen, daß der iudex pedaneus der l. 4 D. de tut. dat. 26, 5 vom iudex privatus des Formularprocesses sich überhaupt unterscheide, so bleibt es anderseits durchaus möglich, daß bei aller denkbaren Verschiedenheit hinsichtlich der Auswahl auch der von dem Präses gegebene iudex specialis noch zu Ulpians Zeit völlig die gleichen richterlichen Functionen gehabt habe, welche wir beim iudex privatus des Formularprocesses kennen.

Ist also kein einziger der von Pernice vorgeführten Gründe für den Gegensatz des iudex pedaneus der l. 4 cit. zu dem iudex privatus des Formularverfahrens auch nur einigermaßen stichhaltig, so wird es umgekehrt nicht eben schwer, seine Behauptung selbst zu widerlegen.

Zunächst scheint er ganz und gar nicht daran gedacht zu haben, welchen Zweck es überhaupt haben könnte, daß ein Magistrat sich selbst zum „delegierten Unterrichter" bestellte. Denn der Letztere ist nach Pernice keineswegs ein unerläßliches Organ für die richterliche Thätigkeit, sondern, wenn ich recht verstehe, ein Gehülfe, den der Erstere

240) Vgl. Schrader l. c. ad v. ex his . . . dari und ad v. praetores ex constitutionibus.

dann herbeiziehen darf, wenn er selbst keine Zeit zu cognosciren hat. Nun aber wäre es doch völlig widersinnig, wenn der mit Arbeit überhäufte Magistrat sich dadurch eine Erleichterung zu verschaffen suchte, daß er, anstatt als Magistrat zu cognosciren, dies in der Eigenschaft seines eignen Gehülfen thäte. Hier würde in Wahrheit, mit Veränderung des Stichwortes, zutreffen, was Pernice S. 108 vom Geschworenen sagt: „man kann sich von vornherein kaum denken, daß es Ulpian für der Mühe werth gehalten haben sollte, ausdrücklich hervorzuheben, der Magistrat „dürfe sich nicht selber zum" iudex pedaneus ernennen.

Ganz anders dagegen liegt die Sache, sofern es sich um einen solchen iudex handelt, dessen Ernennung durch die Gerichtsverfassung geboten ist. Freilich kann die Richterbestellung aus dem album iudicum selectorum hier nicht in Frage kommen: denn mit dem Antritte einer Magistratur fielen die in diesem Album etwa Enthaltenen aus demselben aus.[25]) Aber das Formularverfahren kannte außer den iudices selecti auch solche iudices privati, welche nicht aus dem Album genommen zu werden brauchten. Derartige iudices mußten für eine gewisse Classe von Streitigkeiten, die arbitria im eigentlichen Sinne, in jedem Falle bestellt werden, und zwar, wenn die Parteien sich über die Person des arbiter nicht einigten, nach Wahl des Magistrates;[26]) für andre Sachen dann, wenn die Parteien sich über die Person des iudex einigten: der Magistrat addicirte ihnen den Erwählten als iudex.[27]) Möglich wäre es ohne Frage gewesen, daß der Magistrat für ein arbitrium, in Ermangelung einer Parteieinigung, sich selbst zum arbiter ernannt, ebenso, daß er auf gemeinsamen Wunsch der Parteien sich

25) Vgl. Cic. in Verr. act. I, 10, 29 sq.
26) S. O. E. Hartmann a. a. O. §. 25 S. 268 ff.
27) S. das. S. 264 ff.

ihnen als iudex addicirt hätte. Es ist also keineswegs unnöthig, beides ausdrücklich für unzulässig zu erklären: eben dies thut unsre l. 4.[28])

Hiernach möchte man vermuthen, daß Ulpian in unsrer l. 4 gar nicht „pedaneus iudex" geschrieben, vielmehr statt dessen eine auf den iudex privatus hinweisende Bezeichnung gebraucht habe. Indessen dürfte es einmal überaus schwierig sein, für den Zusammenhang der Stelle eine derartige Bezeichnung zu finden, welche einerseits eine Interpolation erfordert hätte, anderseits den richtigen Gegensatz zu „iudex compromissarius" bildet; sodann beweiset die uns wörtlich übereinstimmend auch im breviarium überlieferte l. 38 §. 10 D. de poen. 48, 19 (= Paul. V, 28), daß der Ausdruck „iudex pedaneus" zur Zeit des Caracalla bereits üblich war, und zwar, wie wir nunmehr mit Sicherheit behaupten dürfen, auch für den iudex privatus des Formularprocesses.[29]) Wir haben somit auch keinen Anlaß, den pedaneus iudex der l. 3 §. 1 D. ne quis eum 2, 7 und der l. 1 §. 6 D. de postul. 3, 1 für interpolirt zu halten.[30]) Dagegen kann in l. 4 D. de off. praet. 1, 14 und in l. 5 D. de off. praes. 1, 18 der,

28) Judex compromissarius kann hier nicht füglich als „Schiedsrichter" verstanden werden: ein solcher wird nicht ex sententia praetoris bestellt; es ist der durch Einverständniß der Parteien erwählte und ihrem Antrage gemäß addicirte iudex, dessen Urtheil res iudicata macht. Vgl. l. 81 D. de iud. 5, 1, in der ich den ex compromisso sumptus in gleicher Weise verstehe. S. O. E. Hartmann a. a. O. S. 265 N. 2 a. E.

29) S. oben S. 540.

30) Auch Pernice hält den Ausdruck für echt. S. hinsichtlich der l. 3 §. 1 cit. a. a. O. S. 107 unter a) a. E., hinsichtlich der l. 1 §. 6 cit. das. S. 108 unter b) a. E. und hinsichtlich der l. 4 cit. das. S. 108 f. unter c).

m. W. nur in diesen beiden Stellen vorkommende, „iudex specialis“ immerhin eine Interpolation für „iudex privatus“ oder dergl. sein: [31]) es hätte füglich freilich „pedaneus“ gesetzt werden sollen, möglicherweise hat aber gerade die Bezeichnung „privatus“ ihre Ersetzung durch „specialis“ veranlaßt. [32])

Zweifellos ernannten die magistratus extraordinarii zur Zeit des Ulpian und des Paulus unabhängig vom rerum actus Privatrichter, und zwar auch in anderen Sachen, als in eigentlichen arbitria, und in anderen Fällen, als wenn die Parteien sich über die Person des Richters geeinigt hatten. Eben derartige von den kaiserlichen Beamten gegebene Richter finden wir später als iudices pedanei bezeichnet: warum sollten sie nicht schon zur Zeit der Severe so geheißen haben? Jedenfalls trifft alles in den besprochenen Pandektenstellen vom iudex pedaneus Gesagte auch für sie zu. Ist aber unsere Ausführung richtig, daß dieses sich zugleich, wo nicht in erster Reihe, auf die iudices privati des Formularprocesses bezieht, so erweisen jene Stellen das gerade Gegentheil von denjenigen, was Pernice aus denselben folgert: nämlich die ursprüngliche Gleichartigkeit der richterlichen Functionen dieser iudices privati einerseits und der iudices dati der kaiserlichen Beamten anderseits, — ja, ihre gemeinsame Bezeichnung mit dem Ausdrucke „iudices pedanei.“

31) Schon im Codex Theodosianus kommt der Ausdruck „iudex privatus“, und zwar mit besonderer Erläuterung, nur noch vor für den ex compromisso angegangenen Schiedsmann. L. 9 Cod. Th. de infirm his, quae sub tyr. 15, 14 init.: valeant sententiae iudicum privatorum (convelli enim iudicium non oportet), quas partium elegit assensus et compromissi poena constituit.

32) Auch Pernice S. 109 N. 3 hält „specialis iudex“ der Interpolation verdächtig.

Eine ganz besondere Wichtigkeit endlich für die Feststellung des Begriffes der iudices pedanei möchte Pernice S. 110 unter V der l. 11 Cod. de falsis 9, 22 zumessen, wenn daraus mit Sicherheit etwas für den Sprachgebrauch Diocletians zu entnehmen wäre. Diese Stelle, ein Rescript des genannten Kaisers v. J. 287, lautet:

Si lis pecuniaria apud pedaneos iudices remissa est, etiam de fide instrumenti civiliter apud eos iuxta responsum viri prudentissimi Pauli requiretur.

Pernice sagt: „Es handelt sich um die Reihenfolge gleichzeitig erhobener Civil- und Strafansprüche. In der Regel soll der Strafanspruch vorangehen; das Civilverfahren wird also bis zur Entscheidung der Strafsache ausgesetzt. Das ist aber in vielen Fällen anders; da darf gleichzeitig cognoscirt werden.[33]) So soll es nun auch sein, wenn die Beschuldigung der Fälschung während eines Civilprocesses vom Beklagten civiliter vorgebracht wird."

Schon dies ist nicht richtig: von einer Criminalanklage ist in l. 11 cit. überhaupt nicht die Rede. Wäre eine solche erhoben, und zwar vor der Litiscontestation in dem Civilprocesse, so würde freilich die letztere noch erfolgen müssen, das iudicium aber würde ausgesetzt bleiben bis nach der Entscheidung über die Criminalanklage;[34]) wäre jene erst während des iudicium erhoben worden, so müßte dieses selbstverständlich einstweilen ausgesetzt werden. Eben

33) Hierzu führt N. 4 an: C. 4 sq. de ord. iud. 3, 8; es soll wohl heißen: C. 3 sq.

34) L. 5 §. 1 D. de H. P. 5, 3: (Ulp. lib. 14. ad ed.) Divus Hadrianus Trebio Sergiano rescripsit, ut Aelius Asiaticus daret satis de hereditate, quae ab eo petitur, et sic falsum dicat: hoc ideo, quia sustinetur hereditatis petitionis iudicium, donec falsi causa agatur. Dazu Francke Commentar ad h. l. S. 63 ff.

deshalb kann die l. 11 auch gar nicht von gleichzeitiger Cognition über die Civilklage und die neben ihr mögliche Criminalanklage reden; und sie sagt in der That nur, bei den iudices der lis pecuniaria solle etiam de fide instrumenti civiliter eine Untersuchung stattfinden.[35])

Pernice fährt fort: „Die Form dieses Vorbringens im Formularprocesse läßt sich nicht bestimmen: man kann vernünftigerweise nur an eine Einrede denken. Diese muß aber der Geschworene im bonae f. iudicium immer berücksichtigen, bei stricti i. iud. muß er sie zurückweisen. Es ist nicht abzusehen, wozu da ein Erlaß des Kaisers nöthig gewesen wäre."

Ungeachtet der daraufgesetzten Unvernünftig-Erklärung bin ich genöthigt, bei der bisher, so viel ich sehe, allgemeinen Lehrmeinung zu verharren. Danach erhält die Behauptung, eine zum Beweise einer Thatsache vorgelegte Urkunde sei gefälscht, falls dieselbe vor der Beweisverhandlung vorgebracht wird, ein Leugnen jener Thatsache, soweit letztere auf eben diese Urkunde gestützt wird, und bildet, falls sie in der Beweisverhandlung vorgebracht oder aufrecht erhalten wird, die Grundlage für den Gegenbeweis wider den auf diese Urkunde gestützten Beweis jener Thatsache.[36]) Für eine „Einrede" im Sinne einer exceptio, quae bonae fidei iudiciis inest, dagegen einer actio stricta zwecks

35) Es ist hierbei allerdings selbstverständlich vorausgesetzt, daß die Frage nach der Fälschung im Civilprocesse vorgebracht wird; aber es kann doch keinem Zweifel unterliegen, daß das „civiliter" der l. 11 zu „requiretur" bezogen werden muß; von dem „civiliter" Vorbringen der Fälschung sprechen die Worte nicht.

36) Vgl. Francke a. a. O. S. 63: „Der Beklagte kann diesen Einwand (nämlich der Fälschung) in verschiedener Weise geltend machen. Theils könnte er contradictorisch beim iudex dies ausführen und nachweisen."

richterlicher Berücksichtigung ausdrücklich eingefügt werden muß, vermag ich hier schlechterdings keinen Platz zu entdecken. Demnach scheint mir auch für den Formularproceß die in l. 11 getroffene Entscheidung, und noch mehr das darin angezogene Responsum des Paulus keineswegs bis zur Plattheit selbstverständlich. Vielmehr war sie auch hier deshalb, wo nicht nothwendig, doch immerhin zweckmäßig, weil in der That unter den römischen Juristen und demzufolge sicherlich auch in der römischen Praxis darüber Meinungsverschiedenheit geherrscht hatte, wieweit ein Hergang, welcher eine Criminalanklage zu begründen vermag, vor der Aburtheilung in einem Criminalverfahren, zum Gegenstande der Aburtheilung in einem Civilverfahren gemacht werden dürfe. [37])

Mit der besondern Form des Civilverfahrens hat die ganze Frage so wenig etwas zu thun, als mit der Gerichtsverfassung.

Pernice freilich schließt:

„Alles gestaltet sich einfach, wenn pedaneus iudex der Unterrichter ist. Was dem Präses gestattet ist, die gleichzeitige Cognition, das wird ihm mit Einschränkung gleichfalls gewährt."

Indessen redet die Stelle, welche Pernice als Beleg dafür anführt, daß dem Präses die Befugniß zu gleichzeitiger Cognition, d. h. zu einer neben einander herlaufenden civilrechtlichen und strafrechtlichen Cognition über dieselbe Sache ertheilt worden sei, nämlich die l. 9 Cod. de falsis 9, 22, [38]) weder von einer besondern Befugniß des Prä-

37) L. 2 §. 1 D. vi bon. 47, 8. — L. 4 D. de publ. iud. 48, 1. l. 7 §. 1 D. de iniur. 47, 10. Für die Einzelheiten dieser Lehre wird hier die Verweisung auf Francke a. a. O. genügen.

38) Carinus et Numerianus a° 284: Si docueris apud

ses, noch überhaupt von gleichzeitiger Cognition im fraglichen Sinne. Allerdings nennt diese Stelle den Präses, jedoch nur als diejenige Behörde, welcher der Adressat unseres Rescripts zwecks Erlangung der missio ex edicto Hadriani den Nachweis geliefert hat, daß er in einem Testamente zu Erben eingesetzt worden ist. Dann fährt sie fort: „Wenn jener scriptus heres in hereditatis possessione constitutus ist, so hat er ordentlicherweise die in einem Codicill ihm rechtsbeständig auferlegten Fideicommisse zu leisten, er müßte denn den Codicill als gefälscht anfechten wollen." Dies aber kann er mittels einer Criminalanklage, und zwar auch dann noch, nachdem der angebliche Fideicommissar ihn bereits auf Leistung des Fideicommisses belangt hat. Alsdann wird jedoch die Cognition über das Fideicommiß ausgesetzt bis nach der Entscheidung über die Criminalanklage. [39])

Es mag dahin gestellt bleiben, ob das Rescript ursprünglich auch hierüber eine Aeußerung enthalten hat, welche dann von den Compilatoren als überflüssig gestrichen worden ist: erforderlich war sie deshalb nicht, weil im vorliegenden Falle in der That eine Criminalanklage erhoben worden war. Ob dies geschehen war vor einer petitio fideicommissi oder nach Anstellung einer solchen, erhellt nicht: es ist in der That gleichgültig. Das Criminalverfahren war jedoch nicht durch Urtheil beendigt, sondern

praesidem provinciae ab intestato te heredem eius extitisse, qui codicillos scripserat, ordinarium est, ut in hereditatis possessione constitutus fideicommissa praebeas, quae iure relicta sunt, nisi consilium est codicillos falsos arguere. §. 1. Quod si criminaliter coeptum interventu indulgentiae sopitum est, habes tamen residuam indagationem, potest de fide scripturae civiliter quaeri.

39) L. 5 §. 1 D. de H. P. 5, 3 (s. oben N. 34).

durch Gnaden-Abolition. Und jetzt fragt sich, ob trotzdem die angebliche Fälschung noch im Civilverfahren geltend gemacht werden dürfe. Die Kaiser bejahen die Frage, [39a]) weisen übrigens darauf hin, daß der Erfolg von den etwa noch vorhandenen Beweismitteln abhange. Dies begreift sich wohl am besten vermöge des Umstandes, daß es zwar in Strafsachen, nicht aber in Civilprocessen, einen Zeugnißzwang gab. [40]) Geltend gemacht aber wurde bei der beschriebenen Sachlage die Fälschung durch Leugnen der Fideicommißschuld, also, sofern deswegen die petitio fideicommissi nunmehr erhoben oder fortgesetzt wurde, allerdings vor dem Präses. Es fehlt jedoch auch die leiseste Andeutung dafür, daß unter entsprechenden Umständen z. B. die Fälschung eines Testamentes im Erbschaftsstreite von dem Besitzer des Nachlasses pro herede deshalb nicht hätte geltend gemacht werden können, weil die hereditatis petitio nicht ebenfalls von dem Präses, sondern von iudices pedanei abgeurtheilt wurde. Noch weniger kann es darauf ankommen, ob hierunter iudices privati im Sinne des Formularprocesses verstanden werden dürfen, oder ob dieselben damals bereits auch denjenigen Theil der richterlichen Thätigkeit übten, welcher im Formularverfahren dem Jurisdictionsmagistrate zukam.

Folglich ergiebt die l. 11 cit. auch mittels der Bezugnahme auf l. 9 Cod. eod. schlechterdings nicht, daß erst sie dem iudex pedaneus gewährt hätte, was die l. 9 dem Präses gestattet haben soll. Davon gar, daß dies nur „mit

39a) Vgl. Planck die Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten im Prozeßrecht S. 233 N. 12.

40) S. v. Bethmann-Hollweg röm. Civilproceß Bd. 2 S. 597. Eine allgemeine Zeugnißpflicht für Civilprocesse ist erst durch Justinian in l. 16 Cod. de testib. 4, 20 (rest.) eingeführt worden. S. das. Bd. 3 S. 276 zu N. 24.

Einschränkung" geschehen sei, vermag ich keine Spur zu erblicken.

Somit würde für den Begriff des iudex pedaneus im Verhältnisse zum Begriffe des iudex privatus auch dann aus l. 9 cit. gar nichts zu entnehmen sein, wenn es feststände, daß Diocletian in diesem Rescripte jene Bezeichnung dem von ihm angezogenen Responsum des Paulus genau in der gleichen Bedeutung entlehnt hätte, in welcher Paulus dieselbe gebraucht hatte. Vielmehr dürfte keinerlei Bedenken obwalten, weswegen in Paulus Munde auch hier der Ausdruck nicht völlig gleichmäßig sowohl auf den alten iudex privatus des Formularverfahrens gehen sollte, als auf den iudex extra ordinem a praeside datus. Ja, wenn es die Mühe lohnte, Vermuthungen hierüber aufzustellen, so dürfte man vielleicht im Gegentheile wegen der Worte: lis — apud pedaneos iudices remissa est im Hinblick auf ähnliche Ausdrücke für den ordo iudiciorum in Hartmanns Sinne[41]) die Aeußerung des Paulus geradezu und ausschließlich auf iudices privati aus dem album iudicum selectorum beziehen.

41) Ad forum remittere in Collat. VII, 4, 1 vbd. mit Gell. XI, 18, 10. Collat. XI, 4, 1. 6, 2. XII, 6, 1; — ad ius ordinarium remittere in l. 3 D. de priv. delict. 47, 1 und in l. 2 D. de fur. baln. 47, 17 (in beiden Stellen vielleicht interpolirt für: ad forum remittere); — ad examinationem civilem remittere in l. 1 §. 4 D. de abig. 47, 14 (höchst wahrscheinlich eine ähnliche Interpolation). Vgl. O. E. Hartmann a. a. O. S. 484 N. 10. S. auch l. 2 §. 8 D. testam. quemadm. 29, 3: ad interdictum remitti. l. 1 §. 3 D. uti poss. 43, 17: ad hoc interdictum remittentur.

Quellenverzeichniß.

(Die römische Ziffer bezeichnet den Theil dieser Serie des Commentars, die größere arabische die Seite, die kleinere die Note; ein vorgesetztes †, daß die Stelle ganz oder theilweis abgedruckt ist.)

Asconius in Cic. (ed. Orelli).

in Cornel. p. 58 II 388_{9}
in Milon p. 46 II 335_{32}

Ausonius Idyll.

XI, 63 sq. † I 172_{3}

Basilica.

8, 2, 40 I 28_{65}
—, 2, 42 † I 27_{68}
Scholion (Stephani) ad h. l.
daſ.
20, 1, 85 (l. 23 Cod. loc. 4, 65) I 312_{20}
Scholion 7 ad
42, 1, 13 † I 406_{10}
Scholion ad
— —, 16, 6 II 355_{46}
58, 8, 8 II 480
S. g. Tipucitus ad
58, 10, 20, 8 † I 384_{18}
ad
—, 17, 4 † I 285_{34}
ad
—, 23, 13 pr. † I 65
60, 4, 5, 13 † I 50_{27}
Scholion 30 ad h. l.
I 41_{4}
—, 32, 5 † I 41_{2}

Brachylogus.

IV, 28 de interd. 2 † II 508

Capitolinus vita Marci

c. 10 II 550_{24}[b]

Cassiodorus Variarum

I, 32 I 19_{29}
IV, 39 II 448_{68}
—, 40 II 448_{68}
—, 44 II 448_{68}
V, 12 II 448_{68}

Cicero

academ. prior. 43, 132 † 178_{10}[a] 233_{98}[a]
ad Att.
VI, 1, 15 I 484_{78}
XVI, 15 † II 369_{70}
pro Caec.
I, 1 I 230_{94}[a] II 227
—, 2 † I 230 230_{94}[a] II 227
—, 3 I 5_{4}
II, II 228
—, 6 † II 227_{38}[a] † II 238_{10}[a] 284_{79}[a] † 289_{92}
—, 7 II 284_{79}[a] † 289_{92}
III, II 228
—, 8 I 5_{4} † II 4_{5} 284_{79} † 289_{92}
IV, II 228
—, 9 II 284_{79}[a] † 289_{92}
VII, 20 I 230_{94}[a] † 244
VIII, 22 I 230_{94}[a]
—, 23 I 464_{22} 475 † II 89 f.[5]
X, 27 I 230_{94}[a]
—, 28 † II 234_{2} 238_{10} 289_{93}
XI, 32 I 5_{4} 230_{94}[a] † 244_{17}
—, 33 † I 178_{10}[a] † 232_{90}
XII, 33 I 230_{94}[a]
XIII, 36 † II 3 † 336 372_{76}
—, 37 I 5_{4}
—, 38 † II 126 126_{14}
XIV, 40 I 5_{4}
—, 41 † I 232_{88}

XVI, 45 † I 15_{29} † 219 243. 266 † II 88_{3} 90 † 337
—, 46 † I 232_{98}
—, 47 † I 232 f.$_{-98}$
XVII, 49 II 222_{29} † 336
XIX, 55 I 35_{26} 332_{7} 451_{24} II 24_{34} $39_{61.62}$ † 40 † 97_{22}^{a}
—, 56 † II 40 † 97_{22}^{a}
XX, 56 † II 40 f.
XXI, 59 I 35_{26} † II 97_{22}^{a}
—, 60 I 35_{26}
XXII, 62 † II 97_{22}^{a}
—, 63 I 464_{23} 475 † II 97_{22}^{a}
XXIII, 66 † II 97_{22}^{a}
XXVII, 75 † I 178_{10}^{a}
—, 76 † I 233_{98}
XXVIII, 79 † II 97_{22}^{a}
—, 80 II 24_{34} 36 † II 90_{5} † 97 f.$_{-22}^{a}$ 98
XXIX, 82 † I 194_{3} II 24_{34} 90
—, 83 † I 194_{3} † II 98_{22}^{a}
—, 84 † I 194_{3} II 24_{34} 90
—, 85 † I 194_{3}
XXX, 86 † II 98_{22}^{a}
—, 87 † II 98_{22}^{a}
—, 88 I 35_{26} 196_{11}
XXXI, 91 † II 5 f. † 98_{22}^{a}
XXXII, 92 † I 461 f.$_{8}$ II 90_{5} 96. 105
—, 93 † I 233. 233_{98} II 24_{34}. 33 f.$_{-52}$ † 98 f.$_{-22}^{a}$
—, 95 I 230_{94}^{a}
XXXIII, 95 II 289_{92}
XXXVI, 104 † II 99_{22}^{a}
pro Cluentio
XXXVII, 103 II 289_{92}
XXXVIII, 106 II 126_{14}
—, 107 II 126_{14}
LIII, 147 II 126_{14}
ad fam. (s. div.)
VII, 4 † I 244_{17}
—, 10 † I 246
—, 13, 2 I 243 † 244 f. † 474. 483_{64}
—, 17, 1 † I 246_{21}
—, 18, 1 † I 246_{21}
—, 21 † II 94
XV, 16, 3 I 464_{23} † 491 † II 3_{4} 222_{29}
de fin.
II, 35, 119 † II 209_{7}^{a}
de invent.
II, 20, 59 I 484_{73} † II 293_{100}
—, 47, 139 II 126_{14}
de legib.
I, 7, 22 I 135_{84}
pro Mil.
II, 3 † II 335_{92}
XXXV, 98 I 135_{84}
de off.
I, 1, 4 I 135_{84}
de orat.
I, 10, 41 † I 178_{10}^{a} 233_{98}^{a} II 330 † 332. 337
—, 42 † I 178_{10}^{a} 233_{98}^{a} † II 333 f.
—, 37, 168 I 483_{62}
II, 70, 285 † II 209_{7}^{a}
Philipp.
XII, 7, 18 † II 209_{7}^{a}
pro Quint.
V, 18 † II 368 f.$_{-70}$
VIII, II 113_{46}^{a}
IX, II 113_{46}^{a}
—, 32 II 113_{46}^{a} 126_{14}
XX, 64 II 126_{14}
XXVII, 84 I 200_{32}
XXIX, 89 † I 149_{98}^{a} 200_{32}
pro Rosc. Am.
XXVI, 72 II 126_{14}
LII, 151 II 126_{14}
pro Rosc. Com.
IV, 12 † II 209_{7}^{a}
de senect.
VII, 22 II 222_{29}
pro Tull.
II, 6 II 543_{11}
VII, 16 † I 234
—, 17 † I 234
VIII, 20 I 230_{94}^{a} † 243_{11}
XII, 29 † II 35 † 99_{22}^{a} 336_{96}
—, 30 † II 99_{22}^{a}
XV, 36 II 126_{14}
XVIII, 43 II 126_{14}
XIX, 44 I 35_{25} 463_{22} 484_{67} II 38_{50} † 337
—, 45 II 24_{34} † 96_{21}
XXIII, 53 † I 8_{11} † II 3_{4} 23_{33} 126_{14} † 226
in Vatin.
XVII, 40 II 126_{14}
in Verr.
act. I, 10, 29 sq. II 552_{25}
act. II, 2, 17, 43 II 126_{14}
—, 3, 10, 25 II 90_{5}
—, 65, 153 II 293 f.$_{-100}$

Collat. leg. Mos. et Rom.

VII, 4, 1 † II 560_{41}
IX, 2, 2 II 428_{87}

XI, 4, 1 II 560_{41}
—, 6, 2 II 560_{41}
XII, 6, 1 II 560_{41}
XVI, 3, 5 I 5_{4}
—, 5, 1 † I 125_{61} 139_{29}

Corpus Inscr. Latin.

XI, 1836 II 539_{8}

Dio Cassius

XXXVI, 23 II 388_{6}

Dionys. Halic.

X, 32 † I 281_{18}

Edictum Venafran.

v. 66 † II 234_{2}

Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich.

§. 815 II 528
§. 819 II 528
§. 819 Abs. 2 II 528
§. 820 f. II 518
§. 820 Abs. 2 II 528
§. 943 II 519
§. 978 II 519
§. 979 II 518
§. 1048 II 518

Festus de verbor. signif.

s. v. possessio † I 186 † 462 484_{66} † II 6. 63_{5}[a] [c].

Fronto epp. ad M. Caes.

III, 16 † II 333

Gaius institutiones.

I, 6 † II 392_{24}
—, 20 II 223_{30}
—, 100 II 223_{30}
—, 101 II 223_{30}
—, 109 II 223_{30}
—, 120 II 223_{30}
—, 178 † II 550
—, 184 † II 550
II, 90 † I 447_{17}
—, 96 I 448_{18}
—, 98 I 116_{49}
—, 103 II 223_{30}
—, 155 II 223_{30}
—, 195 † II 308
—, 254 II 223_{30}
III, 34 I 123
—, 41 I 116_{49}
—, 56 II 223_{30}
—, 60 I 63_{62}
—, 93 II 101_{24}
—, 124 II 208_{7}[a]
—, 199 II 148_{57}[a]
—, 224 † I 12_{36}
IV, 4 II 390_{13}
—, 11 † II 7_{7}[c]
—, 13 II 207_{7} 208_{7}[a] II 333_{60}
—, 16 I 268_{60} II 156_{2}[c] 333_{68}
—, 18 II 208_{7}[a]
—, 21 I 269_{68}
—, 29 II 541_{6}[a]
—, 34 I 123
—, 35 II 223_{30}
—, 46 I 15_{29} II 89_{4} 357_{46}[b]
—, 47 II 318_{55}
—, 48 II 223_{30}
—, 54 II 223_{30}
—, 61 I 142_{92}
—, 63 I 142_{92}
—, 71 II 62_{5}
—, 91 sqq. II 113_{46}[a]
—, 93 † II 113 f.
—, 94 † II 104_{28}[a]
—, 102 II 130 † 130_{21} 131. 223_{30}
—, 108 † I 458_{2}[a]
—, 111 II 223_{30}
—, 112 II 223_{30}
—, 118 † II 54_{37}
—, 139 † 4. 6 † 12 † 193 II 102_{7} 302_{18} 302 f. $_{18}$ † 478_{15}
—, 140 † I 193 f. 195 † 250_{27} † 354
—, 141 † I 5 † 14 f. $_{29}$ 98_{10}[a] 217_{48} 251_{38} † 251 † 261_{59} † II 86 † 88_{4} † 89_{5} 90 † 112_{43} 119 † 119_{56} † 125_{9} † 126 † 127_{16} 204 † 222
—, 142 I 172_{1}[a] † 194 † II 302_{18} 472_{15}
—, 143 † I 172
—, 144 I 7_{10} 112_{44} † 112 f. 123. 179_{12}
—, 145 sq. I 30_{67} 91_{40} 154. 173. 196_{7}
—, 145 I 33_{7} † 152_{2} 180_{15}
—, 146 I 33_{8} † 152_{3} 180_{6}
—, 147 I 91_{42} 181_{22}
—, 148 I 182_{33} 257_{50} 278_{12} II 223_{30}
—, 149 I 182_{33}

IV, 150 I 175_{6}^{a} † 186. 231_{95} II 63_{5}^{a} † 63_{6} 417_{20}^{b}
—, 151 I 79_{100}
—, 152 I 231_{95} † 503_{35}
—, 154 I 175_{6}^{a} 181_{24} 352_{61} II 223_{30}
—, 155 I 5_{4}
—, 156 † I 272
—, 157 † I 272
—, 158 † I 272
—, 159 † I 272
—, 160 I 37_{50} † 272 † 185_{2} † II $63_{5}^{a.c}$
—, 162 sq. I 499_{19}
—, 162 sqq. II 204. 222
—, 162 I 37_{56} † 62_{56} 62_{60} † II 86 f.
—, 163 sq. II 102_{26}
—, 163 † II 19_{30} 112_{44} † 135 145 148. 149. 211_{5}^{a} bis † 214. 223 226. 226_{35}^{a} 228_{30}^{b}
—, 164 sq. I 11_{24} II 109
—, 164 I 8_{11} II 541_{5}^{a}
—, 165 † I 15_{20} 324 II 18_{20} † 87 † 89_{5} 90 † 104. 105_{27}. 109_{30} † 114 † 128 f. † 134. 138 bis. 141. 149
—, 166—170 II 152
—, 166 I 217_{56}^{a} $\dagger_{63}$ 219_{71} † 247_{24}^{a} 251_{39} 264_{61} † 308 II $63_{5}^{a.c}$ † 88_{3} 90 bis 96_{20} † 104. 107_{36} † 108_{36}^{a} 129_{19} † 152 f. 156. 157 † 158_{5} $\dagger_{6}$ 160 bis 163_{14}^{a} 182
—, 166^{a} † I 254 † 256_{40} 318_{28} † II 61. 90 † 95. 104_{20} † 125_{9} † 126_{13} † 136. 138 † 153. 157. 172_{24} 182
—, 167 sq. I 294_{28} II 240
—, 167 † I 256_{40} † 261_{56}. 294 II 104_{20} † 136 † 153. 157 † 159 bis 160. 168. 175_{30} 178 † 238
—, 168 † I 247_{24}^{a} † 256 f. $_{40}$ † 261_{58} II 104_{20} † 127_{16} † 153. 178
—, 169 II 129_{19}. 130. 152 † 153 f. 157. 163. 165. 170
—, 170 I 35_{30} 181_{24}^{a} 182_{29} † 215. 225. 227. 227_{36} 295 † 297_{2} 299_{2} $\dagger_{4}$ † 300_{2} 301_{7}^{b} 303 † 306. 322. 498_{18} II 124_{7} $\dagger_{8}$ † 131 † 154. 157. 171. 171_{21} 176 bis 177. 196. 200 † 200_{71} 205_{6} 212_{11} 526_{60}
IV, 171 II 208_{7}^{a}
—, 175 † II 212 † 213 f. 213_{14}
—, 176 I 328_{42}
—, 178 II 213_{14}
—, 180 sq. II 212_{18}
—, 180 II 223_{30}
—, 181 I 328_{42}
—, 184 II 119 † 119_{46}
—, 186 † II 105_{35}

Gellius noctes atticae.

IV, 2, 6 II 90_{5}
XI, 18, 10 II 560_{41}
XII, 13, 1 II 537
XX, 1, 45 † II 541_{6}^{a}
—, 10, 4 † I 246_{22}

Gromatici veteres (ed. Lachm.)

p. 4 v. 1 sq. II 102_{29}
p. 16 v. 3 sq. † I 10_{23}
— v. 18 sq. † I 10_{23}
p. 36 v. 13 sq. II 61_{3}
— v 13 sq. † II 102_{26}
— v. 16—23 † II 103_{29}
p. 44 v. 4 sq. I 226_{34} II 61_{3}
— v. 7 † I 249_{32}
p. 49 v. 14 sq. † I 28 f. $_{65}^{a}$
p. 63 v. 12 sqq. II 61_{3}
p. 74 v. 29 sq. II 61_{3}

Henricus VII.

Extravagans *ad reprimendum* II 494

Inscriptiones (Orelli).

n. 3100 II 539_{3}

Jüngster Reichs-Abschied.

§. 162 † II 513 f. 514_{20} bis

Isidorus Hispal. origines.

V, 24, 25 † II 439_{49}^{a}
— —, 33 † II 439_{48}^{a}

Justinianus.

Constit. *Tanta* §. 18 † II 393_{25}
— *Δέδωκεν* §. 18 † II 392_{28}
Codex
I, 28 de off. praef. urbi l. 3 I 19_{20}
II, 1 de ed. l 3 † II 5_{6} 392_{22} l. 5 II 544_{15}
—, 2 de in ius voc. l. 2 II 392_{22}
—, 3 de pact l. 21 II 437_{44}^{a}
—, 4 de transact. l. 3 II 390_{13}
—, 12 de proc. l. 7 I 43_{6} l. 9 I 43_{6}

II, 19 de his, quae vi l 4 II 65_{10}
—, 20 de dol. l. 8 I 524_{22}
—, 46 ubi et apud quem l. 3 II 414_{11} 541_{6} b 543_{10}
—, 57 de form. et impetr. act. subl. l. 1 I 125_{22}
l. 2 † II $419_{23.\ 25}$
III, 1 de iud. l. 16 II 413_{11}
—, 6 qui legit. pers. l. 3 II 410_{4} 438_{48} 457_{77}
—, 8 de ord. iud. l. 3. l. 4 II 555_{22}
—, 9 de L. C. l. un. † II 4 f.$_{2}$
—, 10 de plus pet. l 1 § 1 † I 417_{72}
l. 1 §. 2 I 417_{72}
—, 16 ubi de poss. l. un. † I 18_{36} II 438_{48} 439_{48} b 455. 457_{77}
—, 18 ubi conv. qui certo loco l. un. II 29_{42}
—, 19 ubi in rem act. l. 2 II 497
—, 28 de inoff. test. l. 2 † I 121. 122
—, 32 de R. V. l. 13 † I 268_{67} a
—, 34 de serv. l. 7 I 518_{42} s
—, 37 comm. div. l. 1 II 155_{2} b
l. 3 II 155_{2} b
IV, 1 de R Cr. l. 9 II 10_{14}
—, 4 si cert. pet. l. 4 I 438_{100}
—, 8 de suffrag. l. 1 I 177_{9}
—, 18 de const. pec. l. 2 §. 1 d II 208_{7} a
—, 19 de probat. l. 15 II 156_{2} e
—, 20 de testib. l. 16 II 559_{46} pr. II 287_{19} 433_{41}
—, 26 quod cum eo. l. 6 † I $13_{20.\ 26}$ a
—, 27 per quas pers. nob. adq. l. 2 (3) I 489_{2}
l. 3 (2) I 438_{100}
—, 34 dep. l. 1 II 376_{62}
—, 44 de resc. vend. l. 2 † I 13_{27}
—, 49 de A. E. et V. l. 8 I 177_{9}
l. 12 I 177_{9}
l. 17 † I 520_{44} a † II 407
—, 65 loc. l. 23 † I 312_{20}
l. 25 † I 312_{21} II 493
l. 31 I 48_{6}
V, 16 de don. i. v. et u. l. 6 I 438_{1}
—, 24 divort. fact. l. un. II 407_{2}
—, 34 qui dare tut l. 10 I 414_{71}
—, 37 de adm. tut. l. 6 I 410_{45} † 417_{72} bis
l. 26 §. 3 † I 412_{69}
—, 39 quando ex facto tut. l. 3 † I 440_{8}
V, 43 de susp. tut. l. 3 † II 12_{22}
—, 45 de eo, qui pro tut. l. 2 I 484_{72}
—, 46 si mater l. 2 I 414_{71}
—, 70 de cur. fur. l. 2 † I 440 f.$_{5}$
VI, 7 de libert. et lib. eor. l. 2 † II 413_{11} 537
—, 9 qui admitti *Rubr.* I 148_{98}
—, 16 de succ. ed. l 1 † I 148_{98}
—, 17 de Carb. ed. l. 1 II 156_{2} a
—, 33 de ed. D. Hadr. toll. l. 2 † I 147 II 493
—, 38 de V. S. l. 4 pr. † I 148_{98}
—, 42 de fideic. l. 23 I 151_{1}
—, 46 de cond. insert. l. 2 §. 1 II 392_{22}
—, 47 de usur. et fruct. leg. l. 2 §. 2 II 392_{22}
VII, 19 de ord. cogn. l. 3 II 288_{90}
l. 4 II 288_{90}
—, 34 in quib. c. cessat longi temp praescr. l. 4 II 437_{40} a
—, 56 quib. res iud. l. 2 II 222_{20}
—, 62 de app. l. 1 II 288_{90}
—, 65 quor. app. n. recip. l. 6 II 457_{77}
—, 69 si de mom. poss. fuerit app l. 1 II 438_{48} 439 † 446_{56} 457_{77} 492_{3}
VIII, 1 de interd. l. 1 I 6_{5} 31_{60} II 407_{2}
l. 2 I 6_{6} † 15
l. 3 II 408 † 409_{4} 416 † 460_{90} 491_{2}
l. 4 II 237_{7} 409_{3} † 458. 459. 460. 462. 491_{2}
—, 2 quor bon. l. 1 I 111. 131_{77} 142. 143 † 143. 147 † II 238. 241. 451. 492. 493 f. 494 bis 495 bis 499_{15} † 500
l. 2 † I 151_{1} † II 406
l. 3 I 82_{5} 522 II 456_{75} 457_{78} 493. 497_{12} 498
§. 1 II 238. 241. 409
—, 3 quod legat l. 1 II 156_{2} e 497_{12}
§. 1 † II 406. 417
—, 4 unde vi l. 2 † I 490_{4} 504_{26} † II 406. 417
l. 4 II 242_{16} a † 406 f.
l. 6 II 237_{7} 447. 494
l. 7 II 492
l. 8 II 237_{7} 409_{3} 438_{48} 458_{50} 491 498. 494. 496
—, 5 si per vim l 1 † I $13_{26.\ 28}$ a † 490_{4} † 423 f.$_{30}$ 452_{55} e 438_{48} 457_{77} 492.

pr. II 237_{7}
§. 1 II 409_{4}
l. 2 † II 447
VIII, 6 uti poss. l. un. II 102_{28} † 474_{18} 511. 513
—, 8 de lib. exh. *Rubr.* I 344_{26}
l. 2 II 407_{2}
l. 3 II 407_{2}
—, 9 de prec. l. 1 I 166 f.
l. 2 † I 383_{15} II 409_{2}
—, 13 de pign. l. 3 † I 12_{26}
l. 18 † II 361_{51}[b]
—, 26 etiam ob chirograph. l. 1 §. 2 II 156_{2}[e]
—, 36 de litig. l. 5 (4) II 170_{29}
—, 40 de fideiuss. l. 2 §. 1 II 122_{1}
—, 59 de auct. praest. l. 5 II 141_{42}
IX, 9 ad leg. Jul. de adult. l. 25 (26) II 288_{90}
—, 12 ad leg. Jul. de vi publ. l. 7 II 288_{90}
l. 7 §. 1 II 458_{51} 492 bis
—, 20 ad leg. Fab. l. 1 II 288_{90} 292_{97}
l. 2 II 292_{97}
l. 8 II 288_{90}
—, 22 ad leg. Cornel. de fals. l. 9 pr. II 156_{2}[e] 557 † 557 f.$_{28}$ 559 bis
l. 11 † II 555 bis 556. 556_{25} 557. 559
—, 31 quando civ. act. criminali praeiud. l. un. † II 284 f.
—, 32 de crim. expil. hered. l. 4 II 376_{88}
—, 42 de abolit. l. 1 I 12_{26}
X, 10 de bon. vacant. l. 1 I 126_{64}[a]
l. 4 I 126_{64}[a]
—, 32 de decurion. l. 60 I 414_{71}
l. 64 I 414_{71}
XI, 48 de agricol. l. 14 II 237_{7} 458_{42} 493
—, 66 de fund. rei priv. l. 3 I 414_{71}

Digesta

I, 1 de iust. et iure l. 11 II 541_{6}[a]
—, 2 de O. J. l. 2 §. 6 † II 6_{7}[b]
—, 3 de legib. l. 10 II 393_{25}
l. 11 † II 393_{25}
—, 6 de his, qui sui l. 5 II 222_{29}
—, 7 de adopt. l. 18 II 334_{29}
—, 8 de D. R. l. 9 §. 5 † II 148
—, 12 de off. praef. urbi l. 1 §. 6 † I 6_{7}
I, 14 de off. praet. l. 4 † II 545_{16} 553
—, 18 de off. praes. l. 3 † I 15 f.
l. 5 II 551. 553
l. 19 §. 1 † I 12_{26}
—, 21 de off. eius, cui mand. l. 1 §. 1 II 548
l. 4 pr. II 547_{20}
II, 1 de iurisd. l. 4 I 16_{21} † 17_{28}
l. 5 † II 545_{16}
l. 7 §. 1 II 389_{12}
—, 4 de in ius voc. l. 4 §. 1 II 89_{4}
l. 10 §. 12 II 89_{4}
l. 24 II 89_{4}
l. 25 II 89_{4}
—, 7 ne quis eum, qui in ius l. 2 II 89_{4}
l. 3 §. 1 † II 540. 553. 553_{20}
—, 8 qui satisd. l. 9 II 546_{16}[c]
l. 11 I 25_{59}
l. 12 I 24 † 24 f.$_{56}$
l. 14 I 25_{59}
—, 10 de eo. per quem fact. l. 1 §. 2 II 389_{12}
l. 3 §. 4 II 106_{34}
—, 12 de feriis l. 1 II 548
l. 1 §§. 1. 2. II 548
—, 13 de ed. l. 1 pr. §. 1 † II 5_{7}
l. 8 §. 1 II 12_{22}
—, 14 de pact. l. 7 §. 7 II 89_{4}
l. 7 §. 14 I 475_{50}
l. 16 pr. I 70_{78}
l. 31 II 90_{5}
—, 15 de transact. l. 8 II 548 §. 2 II 548_{23}[a]
l. 8 §§. 6. 20. 21. 22 I 12_{26}
III, 1 de postul. l. 1 §. 2 II 543_{9}
l. 1 §. 5 I 43_{6}
— §. 6 II 89_{4} † 542 f. 553. 553_{20}
—, 2 de his, qui not. l. 11 §§. 1. 3 II 222_{9}
—, 3 de proc. l. 15 pr. I 25_{59}
l. 35 §. 2 I 5_{3} † 22_{47} † II 3 f.$_{4}$
l. 39 pr. I 5_{3} † 22 f.$_{49}$
l. 40 pr. I 5_{4} † 28_{65} II 56_{62}
— §. 2 I 25_{59} 162_{40}
— §. 3 I 25_{59}
l. 42 pr. I 5_{4} † 27_{63} 41_{4} 56 II 323_{69}[c] 324_{56}[c]
l. 43 §. 2 † II 42_{5}
— §. 6 I 25_{59}
l. 45 §. 1 † I 27 f.$_{63}$ 51_{26}
— §. 2 † I 23_{60}

l. 48 I 484_{60}
l. 62 † I 22_{67} 28_{40}
l. 76 I 25_{59} II 62_{5}
III, 5 de N. G. l. 30 pr. I 440_{4}
l. 30 § 6 I 414_{71}
l. 46 §. 1 II 539 bis † 539_{2}
—, 6 de calumn. l. 3 § 2 II 389_{13}
IV, 1 de i. i. rest. l. 7 §. 1 II 222_{29}
—, 2 quod met. c. l. 9 §. 1 I 410_{66}
l. 9 §. 2 † II 218
— §. 3 I 410_{66}
— §. 5 II 263_{51}
l. 14 §§. 4. 11 II 28_{42}
—, 3 de dol. m. l. 7 §. 4 II 376_{88}
l. 15 pr. † I 410_{66}
— §. 1 I 410_{66} † 421 f.
l. 18 §. 4 II 369_{72}
l. 21 II 544_{13}
l. 34 I 164_{43}
l. 39 † II 75_{33}
—, 4 de min. l. 9 §. 4 II 222_{29}
l. 11 §. 6 II 141_{45}
l. 40 pr. I 97_{19} a
—, 6 ex quib. c. mai. l. 15 §. 3 II 141_{45}
l. 26 §. 4 II 46_{73}
— §. 6 † II 118_{54}
l. 30 pr. I 80_{1}
—, 7 de alien. iud. mut. c. l. 3 §. 2 II 390_{13}
—, 8 de recept. l. 27 §. 7 II 141_{45}
l. 29 II 89_{4}
—, 9 naut. l. 1 §. 4 II 368_{70}
l. 3 §. 1 II 368_{70}
V, 1 de iud. l. 13 I 293_{35}
l. 14 I 293_{36}
l. 18 §. 1 I 67_{73} 70_{78}
l. 33 † II 5_{6}
l. 49 §. 1 II 222_{29}
l. 53 §. 1 II 223_{32}
l. 81 II 553_{23}
—, 2 de inoff. test. l. 16 §. 1 I 111_{40}
—, 3 de H. P. l. 1 §. 5 II 390_{13}
l. 5 pr. † I 25_{59} II 58_{99}
l. 5 §. 1 † II 555_{34} 558_{39}
l. 8 I 140_{60} † 142
l. 13 §. 1 I 405_{56}
— §. 3 † I 381 f., 385_{19}
— §. 4 I 406 † 406_{58}
— §. 5 I 406_{57}
— §. 8 I 405_{55} 406_{57}
— §. 11 I 382_{9}
l. 13 §. 12 I 317_{26} II 43_{71} a
— §. 13 † II 74. 74_{21} 76
— §. 14 II 74_{21}
— §. 15 I 128_{67}
l. 14 II 128_{67}
l. 15 II 128_{67}
l. 16 §. 4 I 132_{79}
l. 19 pr. I 153_{4}
— §. 2 I 80_{2} 153_{4}
l. 20 §§. 6. 7 I 126_{64} a
— §. 17 I 132_{79}
l. 25 §. 2 I 132_{79}
— §. 8 † I 386_{33}
— §. 17 I 488_{63}
l. 35 I 132_{79}
l. 38 I 142_{92}
l. 40 §. 2 I 132_{79}
— §. 4 † I 444_{6} b 452_{27} a
l. 42 I 128_{67}
l. 43 I 140 † 141. 142
l. 44 † I 141. 142_{92}
l. 45 † II 74. 75_{33} 76
l. 54 pr. I 124_{49} a
l. 58 I 142_{92}
V, 5 de poss. hered. pet. l. 1 I 126 f.$_{65}$ bis
l. 2 † I 128
—, 6 de fideic. hered. pet. l. 1 I 127_{65}
l. 2 I 127_{65} 129_{70}
l. 3 pr. I 127_{65}
— §. 2 I 127_{65} bis
VI, 1 de R. V. l. 1 §. 2 † I 102_{17}
l. 4 II 376_{88}
l. 9 I 299_{3}
l. 13 §. 6 II 376_{88}
l. 15 §. 3 II 247_{33}
l. 17 §. 1 II 247_{33}
l. 18 I 133_{81} II 263_{51}
l. 20 † II 247_{22} 263_{51}
l. 21 II 262_{51} 263_{52}
l. 23 § 1 † I 94_{6}
l. 25 † II 77. 77_{34}
l. 27 §. 3 II 390_{13}
l. 35 §. 1 II 28_{42}
l. 42 II 71_{21}. 22
l. 45 II 263_{51}
l. 51 II 71_{21}. 24
l. 52 II 71_{22}
l. 55 † I 385_{19}
l. 68 II 273. 273_{61} 274_{63} 283 488_{47}
—, 2 de Publ. in rem l. 9 §. 4 I 176_{7}
l. 14 I 484_{60}

VII, 1 de usufr. l. 13 §. 2 II 390$_{13}$
l. 13 §. 4 I 48$_{23}$
l. 60 §. 1 II 265$_{54}$
—, 6 si usufr. pet. l. 3 I 285 f.$_{24}$
VIII, 2 de S. Pr. U. l. 19 pr. I 367$_{72}$
—, 3 de S. Pr. R. l. 9 II 539$_{4}$
—, 4 comm. praed. l. 2 II 539$_{4}$
—, 5 si serv. l. 2 §. 3 I 30$_{60}$ 75$_{69}$ † 76 f.$_{24}$ 288$_{26}$ [a]
l. 4 §. 5 II 316$_{51}$
l. 6 §. 1 I 213$_{59}$
l. 7 II 69$_{17}$ 263$_{51}$ † $_{52}$ 267$_{60}$ 374$_{62}$ 467$_{6}$ 512
l. 8 §. 4 II 28$_{42}$
— §. 5 † I 208. 350$_{46}$
l. 12 II 69$_{17}$ 263$_{51}$ 267$_{60}$ 512
l. 14 §. 1 I 377$_{69}$
l. 17 pr. I 377$_{69}$
— §. 2 † I 365 f. 366
l. 18 I 351$_{50}$
IX, 2 ad leg. Aquil. l. 7 pr. II 148$_{57}$ [a]
l. 12 I 48$_{23}$
l. 23 §. 9 † II 290. 290$_{64}$ 291$_{65}$
l. 27 §. 11 † I 426$_{62}$
l. 28 † I 434
l. 29 §. 7 I 18$_{26}$ [a]
l. 43 I 13$_{26}$ [a] † 419$_{76}$
l. 49 §. 1 II 142
—, 3 de his, qui effud. l. 5 §. 5 † I 43$_{8}$ † 50$_{27}$
l. 5 §. 6 II 89$_{4}$ 92$_{9}$
— §. 12 II 92$_{9}$
— §. 13 † I 50$_{27}$
—, 4 de nox. act. l. 2 §. 1 † I 454$_{31}$
l. 11 I 451$_{24}$
l. 13 I 451$_{24}$
l. 24 I 336$_{18}$
l. 27 §. 1 451$_{24}$
l. 28 I 451$_{24}$
l. 42 §. 2 † I 381$_{6}$
l. 43 I 18$_{26}$
X, 1 fin. reg. l. 4 §. 2 † II 251$_{29}$
l. 8 §. 1 II 543$_{12}$
—, 2 fam. ercisc. l. 6 II 155$_{2}$ [b]
l. 22 §. 1 II 155$_{2}$ [b]
l. 29 II 155$_{2}$ [b]
l. 43 I 293$_{25}$
—, 3 comm. div. l. 2 §. 1 I 293$_{25}$
l. 6 §. d I 106$_{24}$ 107$_{26}$
l. 7 §. 5 † I 521. 521$_{46}$
l. 7 §. 13 II 155$_{2}$ [b]
l. 19 §§. 1. 3 II 155$_{2}$ [b]
X, 4 ad exh. l. 2 † I 201$_{25}$
l. 3 §. 5 II 61$_{2}$
— §. 9 II 376$_{28}$ 495. 499$_{15}$
— §. 11 II 376$_{30}$
— §. 13 II 376$_{28}$ 496
l. 5 §. 4 † II 376 f.$_{30}$
l. 9 pr. II 376$_{28}$
— §. 1 II 375$_{28}$ 376$_{28}$
— §§. 2. 3. 4 II 376$_{28}$
l. 12 pr. I 110$_{26}$ [a]
— §. 3 II 376$_{28}$
l. 13 I 110$_{26}$ [a]
l. 14 II 376$_{28}$
l. 15 I 5$_{2}$ 32$_{29}$ † 204 f. 330$_{42}$ 336$_{18}$ 467$_{24}$ II 57$_{25}$ 312$_{41}$ [a] 343$_{24}$ 376$_{28}$ † 377 f.
l. 17 II 550
XI, 1 de interr. in iure l. 4 §. 1 † II 541$_{6}$ [a]
—, 3 de servo corr. l. 14 §. 9 I 177$_{9}$
—, 6 si mensor l. 2 §. 1 I 414$_{71}$
—, 7 de relig. l. 2 §. 1 † I 106$_{24}$
l. 2 §. 7 † I 106$_{24}$
— §. 8 † I 106$_{24}$
l. 7 pr. † I 107$_{27}$
l. 8 pr. I 107$_{28}$
— §. 4 I 107$_{29}$
— §. 5 I 414$_{71}$ † II 2$_{4}$
l. 9 I 351$_{50}$ † II 2. 474$_{16}$ 479
l. 14 §. 11 II 369$_{71}$
l. 41 I 106$_{24}$
l. 43 I 31$_{69}$ † 105 f.
—, 8 de mort. infer. l. 1 pr. I 33$_{11}$ 104$_{22}$ [a]
l. 1 §. 1 † I 209
— §. 3 I 351$_{50}$ † 371
— §. 5 I 33$_{12}$ 104$_{22}$ [b] 108$_{30}$
— §. 8 I 209$_{33}$ [a] 349$_{40}$ 350$_{46}$ [a]. $_{48}$ † 351$_{51}$ † 353$_{58}$ † 371. 487$_{40}$
— §. 10 I 209$_{33}$ [a] 349$_{46}$ † 371
l. 3 pr. I 5$_{4}$
XII, 1 de R. Cr. l. 2 §. 4 I 438$_{100}$
l. 4 §. 1 I 177$_{9}$
l. 9 §. 8 I 438$_{100}$
l. 11 §. 2 II 376$_{28}$
l. 17 I 67$_{73}$
l. 27 † I 437
l. 31 pr. II 208$_{7}$ [a] † II 246 f.$_{22}$

XII, 2 de iureiur. l. 1 † I 13_{57}
l. 3 pr. II 9_{9}
— §. 1 I 5_{4} † II 9. 33_{51}
l. 5 §. 4 II 10_{12}
l. 6 II 10_{12}
l. 7—l. 9 pr. II 9_{9}
l. 9 §. 1 II 10_{12}
l. 9 §§. 1–3 II 9_{9}
l. 27 II 32_{50}
l. 28 §. 1 II 32_{50}
— §. 10 II 9_{11}
l. 29 II 9_{11}
l. 30 pr. II 9_{11}
— §. 3 I 51_{30} 51_{32} † II 9. 80
l. 31 II 544_{14}
l. 34 pr. † II 10_{12}
— §. 3 † II 10_{15}
— § 6 II 10_{14}
l. 35 §. 1 II 32_{50}
l. 37 II 10_{14}
—, 6 de cond. indeb. l. 15 §. 1 I 177_{8}
XIII, 1 de cond. furt. l. 29 II 376_{58}
—, 3 de cond. trit. l. 2 I 177_{8}
—, 4 de eo, quod certo loco l. 2 §. 8 II 29_{42} bis † 30_{43}
l. 4 § 1 II 29_{42} 262 f.$_{51}$
l. 8 II 29_{42}
l. 10 II 29_{42}
—, 5 de pec. const. l. 1 pr. II 367_{66}
l. 22 I 132_{70} bis
l. 25 pr. II 367_{66}
l. 27 II 368_{70}
—, 6 commod. l. 3 §. 5 I 414_{71}
—, 7 de pign. act. l. 11 §. 6 I 439_{2}
l. 11 §. 7 I 438_{1}
l. 12 I 438_{1}
l. 15 II 263_{51}
l. 16 §. 2 † I 280_{15} [a]
XIV, 3 de inst. act. l. 5 §§. 8. 10 I 414_{71}
l. 17 §. 4 I 484_{69}
l. 19 pr. I 440_{4}
—, 4 de trib. act. l. 3 §. 1 I 410_{66}
l. 7 § 1 II 224_{22}
— §. 4 I 336_{18}
—, 5 quod cum eo. l. 5 pr. II 122_{4}
—, 6 ad Sc. Maced. l. 11 II 122_{4}
XV, 1 de pecul. l 21 §. 1 I 410_{66}
—, 3 de in rem verso l. 10 §. 7 I 486_{82}
XV, 4 quod iussu l. 2 pr. † I 441_{5}
XVI, 2 de compens. l. 10 §. 3 II 122_{4}
l. 15 II 29_{42}
—, 3 dep. l. 1 §. 11 † I 438_{1}
l. 1 §. 14 † I 438 f.$_{2}$
— §. 32 II 376_{58}
— §. 42 I 414_{71}
XVII, 1 mand. l. 8 §. 4 I 414_{71}
l. 8 §. 10 I 177_{9}
l. 10 §. 2 I 486_{82}
— §. 5 I 440_{4}
l. 12 §. 17 I 47_{20}
l. 22 §. 7 I 486_{82}
l. 54 pr. I 47
—, 2 pro soc. l. 19–24 I 414_{71}
l. 39 † I 106_{25}
l. 63 §. 4 II 266_{57}
XVIII, 1 de C. E. l. 26 II 391_{20}
l. 34 §. 4 I 231_{95} II 156_{2} [d]
l. 52 II 89_{4}
—, 6 de per. et commod. l. 13 (12) II 278_{69}
—, 7 de serv. export. l. 6 pr. §. 1 I 47
l. 6 §. 1 † I 47_{21}
l. 7 I 47
XIX, 1 de A. E. et V. l. 11 §. 13 I 231_{95}
l. 13 §. 7 † I 413_{70}
— §. 18 I 177_{9}
l. 25 I 484_{69}
—, 2 loc. l. 60 §. 7 I 414_{71}
—, 5 de praescr. verb. l. 16 §. 1 I 164_{43}
XX, 1 de pign. l. 10 I 166_{46} 176_{7} 484_{69}
l. 21 pr. I 439_{2}
l. 27 II 376_{58}
—, 2 in quib. c. pign. l. 9 II 383_{58} [a]
—, 4 qui pot. l. 10 † I 13_{36} [a]
—, 5 de distr. pign. l. 1 II 376_{65}
—, 6 quib. mod. pign. l. 12 §. 1 II 222_{29} 361_{51} [b]
XXI, 1 de aed. ed. l. 17 §. 20 II 89_{4}
l. 25 §. 8 II 247_{22}
—, 2 de evict. l. 4 §. 1 † I 413_{70}
l. 18 I 98_{11}
l. 66 pr. † II 361_{51} [b]
l. 71 I 47_{19}
l. 73 I 98_{11}
XXII, 1 de usur. l. 2 II 247_{22}
l. 3 §. 1 II 247_{22}

l. 19 pr. † II 208_{75}
l. 32 §. 3 I 415_{71}
l. 38 II 251
— pr. † II 251
— §. 4 II 252 † 254 f.
— §. 5 † II 242_{16} [a]
— §. 7 II 208_{7} [a] 247_{22} 251
— §. 11 II 135_{21} † 250. 251
XXII, 5 de testib. l. 21 §. 1 II 287_{89}
XXIII, 3 de J. D. l. 68 I 147_{97}
l. 78 §. 4 II 155_{2} [b]
XXIV, 3 sol. matr. l. 17 §. 1 II 122_{4}
l. 25 §. 1 II 263_{51}
XXV, 3 de agn. v. alen. l. 5 §. 25 II 223_{32}
—, 4 de insp. ventre l. 1 §. 1 I 10_{21}
l. 1 §. 10 II 547_{32}
—, 5 si ventr. nom. l. 1 §. 1 I 6_{8}
l. 1 §. 2 I 4_{2} [a] † 10_{22} 32_{70} 278_{70} 280 † II 380 f. 463_{66} 487_{46} 488_{50} 519_{48}
XXVI, 1 de tutor. l. 13 §. 1 I 414_{70}
—, 4 de legit. tut. l. 3 §. 7 I 62_{82} f.
—, 5 de tut. dat. l. 4 † II 545. 547. 551 bis 553 bis 553_{50}
—, 7 de adm. tut. l. 5 § 3 I 414_{71}
l. 9 §. 9 II 141_{48}
l. 24 pr. I 414_{71}
l. 34 † II 547
l. 55 pr. I 414_{71}
l. 61 I 416_{73}
—, 8 de auct. tut. l. 15 II 62_{5}
—, 9 quando ex facto tut. l. 1 † I 416_{73}
l. 3 I 410_{66} † 415_{72} 416_{73} 439_{8}
l. 4 I 410_{65}
l. 6 I 414_{71}
—, 10 de susp. tut. 26, 10 l. 1 pr. II 547_{21}
l. 1 §. 2 II 547_{19}
— §. 3 † II 547_{20}
l. 2 II 548
l. 4 II 548
l. 7 II 548
l. 12 II 547_{18}
XXVII, 2 ubi pup. l. 1 pr. II 547_{22}
l. 3 II 548
XXVII, 3 de tut. act. l. 1 §. 3 † II 547
l. 1 §. 18 II 122_{4}
l. 20 §. 1 II 122_{4}
—, 8 de magistr. conv. l. 5 I 414_{71}
—, 9 de reb. eor. l. 1 §. 2 II 548_{23}
l. 3 §. 1 † I 13_{28} [a]
— §. 2 II 274_{83}
l. 5 §§. 5. 6. 8 I 12_{26}
l. 6 II 548
l. 8 II 548
—, 10 de cur. fur. l. 5 I 169_{81} [b]
l. 9 I 169_{81} [b]
XXVIII, 5 de H. J. l. 79 §. 2 I 147_{97}
—, 6 de vulg. et pup. subst. l. 23 I 147_{97}
—, 8 de iure delib. l. 7 pr. II 391_{18}
XXIX, 3 testam. quemadm. aper. l. 2 §. 8 † II 11. 12_{22} 16_{24} [d] $_{25}$ 17_{27} † 560_{41}
—, 4 si quis om. c. testam. l. 1 §. 12 I 336_{18} † 386_{23}
l. 6 §. 3 II 141_{40}
—, 5 ad Sc. Silan. l. 1 §. 17 II 368_{70}
l. 25 §. 2 II 89_{4}
XXX de legat. I l. 71 pr. II 247_{22}
l. 91 §. 7 II 141_{45}
l. 112 §. 3 II 90_{5}
XXXI de legat. II l. 66 §. 2 II 141_{45}
l. 78 §. 2 I 416_{73} 442
XXXII de legat. III l. 12 II 224_{32}
l. 37 pr. II 89_{4}
l. 38 §. 3 II 89_{4}
XXXIII, 1 de ann leg. l. 7 I 47_{20}
XXXIV, 1 de alim. leg. l. 1 II 548 f.
l. 10 §. 1 I 147_{97}
—, 9 de his, quae ut indign. l. 5 I 140
— pr. I 140_{90}
— §. 1 † I 139. 140 bis 142
XXXV, 1 de condic. l. 50 II 223_{32}
—, 2 ad leg. Falcid. l. 12 II 224_{32}
l. 32 pr. I 27_{62}
l. 59 § 1 I 141_{91}
l. 93 I 147_{97}
—, 3 si cui plus l. 1 §. 5 II 224_{32}
XXXVI, 1 ad Sc Trebell. l. 65 pr. I 129_{70}
—, 3 ut legat. l. 1 §. 1 † I 394
l. 1 §. 9 I 32_{70} II 164_{15}

l. 1 §. 14 I 156$_{14}$
— §. 17 II 164$_{15}$
— §. 20 I 156$_{13}$
l. 3 I 156$_{13}$
l. 5 pr. I 156$_{4}$
l. 11 I 156$_{11}$ 302$_{76}$ 397$_{46}$[a] † II 43$_{71}$[b] 343$_{36}$ 391$_{17}$
l. 14 §. 1 I 156$_{15}$
l. 15 pr. † II 233$_{32}$
l. 16 I 156$_{15}$
XXXVI, 4 ut in poss. legat. l. 3 pr. † II 233$_{31}$
l. 5 pr. §. 1 I 156$_{11}$
— §§. 5—10 I 155$_{8}$
— §. 23 II 381$_{36.\ 37}$
— §. 27 I 6$_{8}$ 10$_{21}$ II 278$_{70}$ 317$_{54}$ † 380. 382. 382$_{97}$ 463$_{98}$ 478$_{30}$ 487$_{46}$ 488$_{48}$ 519$_{48}$
l. 6 §. 1 I 156$_{11.\ 12}$
XXXVII, 1 de B. P. bus. l. 3 §§. 4. 7 I 116$_{49}$
l. 4—l. 6 pr. I 116$_{49}$
l. 7 pr. I 116$_{49}$
l. 8. l. 9 I 116$_{49}$
l. 11. l. 12 pr. I 116$_{49}$
l. 14 I 116$_{49}$ bis
l. 15 I 116$_{49}$
—, 4 de B. P. c. tab. l. 11 pr. II 32$_{48}$
l. 13 pr. I 129$_{70}$ † 130. 131. 131$_{77}$ 132. 133$_{32}$
—, 9 de ventre in poss. l. 1 §. 1 I 149$_{98}$[a]
l. 1 §§. 2. 4. 5 I 156$_{16}$
— §. 14 II 499$_{15}$
— §. 25 II 224$_{32}$
l. 7 §. 2 † I 149$_{98}$[a]
l. 10 † I 149$_{98}$[a]
—, 10 de Carb. ed. l. 3 §. 4 † I 134 f.$_{84}$ bis II 499$_{15}$
l. 3 §. 5 † I 136
— §. 13 I 133 † 137
— §. 14 † I 134$_{84}$
— §. 15 † I 134$_{84}$
— § 16 † I 134$_{84}$
l. 7 §. 4 † I 136
l. 15 † I 136
—, 11 de B. P. sec. tab. l. 1 §§. 3. 5. 7. 8. 9. 10 I 116$_{49}$
l. 2 pr. §§. 6. 7. 8 I 116$_{49}$
l. 3. l. 4 I 116$_{49}$
l. 5 §. 1 I 116$_{49}$
l. 6 I 116$_{49}$
l. 8 §. 3 I 116$_{49}$
l. 11 pr. I 116$_{49}$
l. 11 §. 2 † I 115. 117. 116$_{49}$ 120
l. 12 I 116$_{49}$
XXXVII, 12 si a par. l. 1 §. 3 † I 115. 118. 120
l. 5 † I 119$_{52}$
XXXVIII, 1 de O. L. l. 6 I 62$_{57}$
l. 7 §§. 6—9 I 63$_{61}$
l. 9 I 62$_{57}$
l. 13 §. 2 † II 308$_{29}$
l. 22 I 62$_{59}$
— §. 1 I 63$_{61}$
l. 37 pr. I 63$_{61}$
l. 51 † I 63$_{62}$
—, 2 de B. L. l. 20 §. 4 I 116$_{49}$ bis
l. 23 §. 1 I 63$_{62}$ f.
l. 35 II 224$_{32}$
l. 42 §. 1 I 116$_{49}$
— §. 2 II 32$_{48}$
—, 4 de assign. libert. l. 5 §. 1 sq. I 63$_{62}$ f.
—, 5 si quid in fraud. patr. l. 1 §. 28 † II 251$_{29}$
l. 5 II 390$_{13}$
—, 6 si tab. testam. nullae l. 2 † I 119 f.
—, 9 de succ. ed. l. 1 §. 8 † I 148$_{98}$
l. 1 §. 11 † I 148$_{98}$
XXXIX, 1 de O. N. N. l. 1 §. 1 I 33$_{10}$ 338$_{20}$ 357$_{55}$ † II 477$_{28}$
l. 1 §. 10 † I 476
l. 3 §. 4 † I 42$_{5}$
l. 5 §. 4 I 15$_{29}$ II 90$_{3}$ 91
— §. 10 † I 208. 352$_{52}$ 486$_{32}$
— §§. 11—13 I 476
— §§. 11. 12 I 477
— §. 11 † I 213 † 476$_{51}$[a]
— §. 12 † I 213$_{57}$[a] † 476$_{51}$[a]
— § 13 † I 476$_{51}$[a]
— §. 20 † I 23 f.$_{51}$
l. 8 §. 6 I 72$_{32}$[b] 85$_{12}$
— §. 7 I 341$_{29}$
l. 13 §. 1 I 493$_{10}$[a]
l. 15 II 137$_{36}$ † 264. 265$_{54}$ 267 bis 271
l. 17 I 65$_{68}$
l. 18 pr. I 15$_{29}$ II 91
l. 20 pr. I 36$_{49}$ 181$_{27}$ 338$_{22}$
— §. 1 II 91 92$_{5}$
— §. 3 I 338$_{22}$
— §§. 4 sq. I 471$_{42}$

l. 20 §. 6 I 73_{63}[d] † 86_{17} 491. 525_{56}
— §. 8 † I 383 f.$_{18}$ II 365_{59} 366_{64}
— §. 9 I 37_{50} 182_{31}
— §. 10 † II 474_{16}
— §. 14 I 493_{10}[a]
— §§. 14 sq. I 471_{42}
— §. 16 † I 86_{17}[a] † 492. 494 II 352_{40}
l. 21 §. 1 I 352_{51} 471_{42}
— §. 3 † II 261_{48}
l. 22 I 15_{29} 198_{27} 342_{21} † 525_{57} II 91
l. 23 I 15_{29} 341_{22} † 341_{30} 341 f.$_{31}$ II 92
XXXIX, 2 de damno inf. l. 4 §. 2 II 381_{97}
l. 4 §. 8 † II 543_{9}
l. 7 §. 2 I 32_{70} II 343_{25} † 369 f.
l. 9 §. 1 I 32_{70} 467_{34} II 312_{41}[a] † 377_{8}
— §. 2 II 343_{23} † 370_{73}
— §. 3 † II 377_{90}
l. 15 §§. 31 sq. I 156_{17}
l. 18 §. 15 I 31_{66} 157_{19} 303_{76}
l. 33 sq. I 392_{42}[a]
l. 45 II 265 f.$_{54}$
—, 3 de a. et a. pl. l. 1 §. 23 I 32_{70} 517_{43}[g] II 137_{36} 343_{24}
l. 2 pr §. 1 I 518_{43}[g]
— §§. 3. 4 I 518_{43}[g]
— §. 5 I 32_{70} 517_{43}[g] II 343_{24}
— §§. 7. 8 I 517_{43}[g]
l. 4 § 2 † I 199_{25}
— § 3 † I 188 f.$_{12}$[a] 199_{26}
l. 21 I 160_{24} II 32_{47}
l. 24 pr. §§. 1. 2 II 280_{74}
l. 26 I 518_{43}[g]
—, 5 de donat. l. 27 † I 29_{67} 30_{69} II 407_{2}
l. 33 pr. II 122_{4}
XL, 1 de manum. l. 5 §. 1 II 223_{32}
l. 8 § 2 I 141_{91}
—, 5 de fideic. libert. l. 37 II 223_{32}
l. 47 §. 2 II 223_{32}
—, 7 de statulib. l. 34 pr. I 148_{97}
—, 9 qui et a quib. l. 15 pr. I 141_{91}
—, 12 de lib. causa l. 43 II 223_{32}
XLI, 2 de a. v. a. p. l. 1 §. 15 II 189. 189_{50}
l. 3 §. 5 II 184_{45} † 185. 191
— §. 23 I 200_{32}
l. 6 §. 1 † I 264_{60}
l. 13 §. 7 II 189_{50}
— §. 9 II 28_{42}
l. 20 I 309_{14}
l. 30 §. 5 I 314_{28}
l. 35 II 549
l. 36 II 189_{50}
l. 49 pr. † I 74_{36}
l. 52 §. 1 † I 205
— § 2 205_{45} † 301_{7}[b] 302_{7}[b] 303_{7}[b] II 155_{2}[c] 283
XLI, 3 de usurp. l. 5 † II 191_{53}
l. 12 II 392_{20}
l. 16 II 189_{50}
l. 23 §. 2 I 344_{36} II 189_{50}
l. 33 §. 4 II 190_{53}
l. 40 I 80_{1}
—, 4 pro empt. l. 7 §. 5 II 391 f.$_{20}$
XLII, 1 de re iud. l. 4 §. 1 II 49_{77}[b]
l. 13 § 1 II 467_{5}
l. 41 § 2 II 122_{4}
—, 2 de conf. l. 6 II 17. 548
l. 6 §. 1 † II 18_{28}
— §. 2 I 5_{2} 195 † II 13. 14. 16_{24}[d] $_{25}$[a] 18_{28} 27. 549
l. 7 II 224_{32}
—, 4 quib. exc. in poss. l. 5 §. 3 I 32_{70} II 344_{27}
l. 5 §. 4 II 272_{60} f.
l. 14 §. 2 I 15_{29}
—, 5 de reb. auct. l. 27 II 224_{32}
l. 31 II 548
—, 7 de cur. bon. l. 4 I 169_{51}[b]
—, 8 quae in fraud. cred. l. 1 pr. I 168_{51}[b] bis 169_{51}[b] II 65_{10}
l. 1 §. 1 I 168_{51}[b]
— § 9 I 168_{51}[b]
l. 6 §. 10 I 449_{22}
— §. 14 I 168_{51}[b] † 505_{30}
l. 10 pr. I 37_{52} 167_{51}[a] 169_{51}[b] bis 182_{23} 196_{16} 200_{31} 333_{6} 449_{22} 463_{19} 484_{71} † 490. 505_{27} II 65_{10} 344_{29} 365_{61}
— §. 5 I 410_{66} † 411
— §. 9 I 200_{31}
— §. 14 I 200_{30}
— §. 18 † I 505. 505_{30}

l. 10 §§. 19—23 II 136_{21}
— §§. 19—21 I 333_{5}[a]
— §§. 19. 20 II 257_{40}
— §. 20 II 256
— §. 22 I 200_{30} II 257_{40}
— §. 24 † I 519 II 365_{50}
— §. 25 I 89_{27} † 387_{27} II 365_{50}
l. 14 II 136_{21}
l. 25 §. 1 II 136_{21} 222_{29} † 249
— §§. 4—6 II 136_{21}
— §. 4 I 200_{21} † II 253
— §. 5 † II 253 254
— §. 6 † II 253 f.
XLIII, 1 de interdictis *Rubr.* † II 409. 417_{20}
l. 1 pr. † I 38_{62} † 38 f. 67 f. 94_{7} II 302_{17}
— §. 1 † I 195 † 269. 270
— §. 2 † I 185
— §. 3 † I 21. 332 † II 393
— §. 4 † I 489.
l. 2 pr. † I 274
— §§. 1—3 II 296
— §. 1 I 33_{10} † 38 † 39 $39_{70—73}$ † 64_{65} 100_{14} † 195 338_{20} 357_{55} † II 477_{27}
— §§. 2 sq. II 302_{18}
— §. 2 † I 92. 95. 100_{14} 105_{22}[c] bis
— §. 3 I 30_{69} 36_{26} † 75 † 171 f. 172. 173. 179_{12} 180_{18} $181_{22.24}$ 182_{28} 183_{22}[c]
l. 3 † II 59. 63_{5}[a] 64_{7} † 242. 243
l. 4 I 489_{1}[a] † 519. 523 II 365_{60}
l. 5 † I 444. 452_{27}[a] II 135_{21} 395_{28}
—, 2 quor. bon. l. 1 pr. † I 8_{12} 112_{43} 191_{12} 196_{7} $333_{9.12}$[a]
l. 1 §. 1 I 179_{12}
l. 2 I 128_{27}
—, 3 quod legat. l. 1 §. 2 I 179_{12} 196_{5}
l. 1 §. 3 † I 60_{52} 88_{66}
— §§. 4—6 I 333_{12}[b]
— §. 4 I 80_{4} 313_{22} II 390_{3}
— §. 6 II 390_{3}
— §. 7 I 191_{2} 196_{5}
— §§. 8—10 I 333_{10}
l. 1 §. 8 I 196_{5} † II 42_{70}
— §. 9 I 32_{70} 196_{5} † II 42 f.$_{71}$ 344_{27} 382_{27} 390_{3}
— §. 10 † I 382_{9} † 407_{62}
— §. 11 † I 88_{66}
— §. 13 † I 407. 473_{45}
l. 2 §. 2 I 196_{5} II 135_{21} 147_{51}
— §. 4 † II 60. 61. 63_{5}[a]. $_{6}$ 390_{3}
XLIII, 4 ne vis fiat ei. *tit.* II 358_{40}[a]
Rubr. I 270_{70}
l. 1 I 399 f.
— pr. † I 149_{98}[a] 200_{32} 395_{46} 397. 399
— §. 1 I 183_{38} 270_{71}
— §§. 2. 3 I 81_{4}[a]
— §. 2 I 396. 399 II 317_{54} 352_{40} 478_{50}
— §. 3 I 183_{38} 270_{70}
— §. 4 † I $155_{7.9}$
— §. 5 I 397_{47} II 118_{52} 520_{51}
— §. 6 I 410_{66}
— §. 8 I 88_{25} † 155 f.$_{9}$ † 393 f. 395. 397. 400. 401 † 492. 495 II 317_{54} 352_{40}
l. 2 I 400
l. 3 I 400 II 520
— pr. I 6_{5} † 10_{21} 30_{69} II 41_{69}[a] 118_{52} 183_{38} 278_{70} † 380. 463_{96} 478_{50} 487_{46} 488_{49} 519_{48} 521_{52}
— §. 1 I 5_{4} 6_{5} † 10_{21} 30_{69} 288_{26}[a] II 41_{69}[a] 118_{52} 278_{70} † 380. 463_{96} 487_{46} 488_{48}
— §. 2 I 81_{4}[a] 183_{39} † 269. 359_{59} 362_{61} 395 II 217_{22} 317_{54} 478_{50}
l. 4 I 270_{70}
— pr. I 35_{28} 183_{40}
— §. 1 I 156_{17} 349_{46} 397_{46}[a] 461_{6} 484_{76} † 487_{56}
— §§. 2—4 I 303_{7}[b]
— §. 2 II 359_{49}[b] 520_{51}
— §. 3 † II 373_{61}
— §. 4 I 183_{40} II 359_{49}[b]
—, 5 de tab. exhib. l. 1 pr. † I 8_{14} 192_{20} † 193 f.$_{3}$ 201_{34}[b] 342_{32} 347_{48}
l. 1 §. 1 I 7_{10} † II 11. 12_{22} 16_{24}[d] $_{25}$ 17_{27}

l. 1 §. 11 I 347$_{43}$
l. 3 §. 2 † I 342 f. 343 f.
— §. 3 † I 343. 343 f. II 390$_{13}$
— §. 4 † I 343 II 390$_{13}$
— §. 6 II 61$_{3}$ † 290. 291$_{15}$ 390$_{13}$
— §§. 7 sqq. I 180$_{14}$
— §. 8 † I 201
— §. 9 † I 201 II 315
— §§. 11—13 II 135$_{31}$ 258$_{41}$
— §. 11 II 147$_{51}$
— §. 14 II 135$_{31}$
— §. 15 II 135$_{31}$
— §. 16 † I 86$_{17}$ 491 † 499
l. 4 † I 411. † 448. 452$_{27}$
l. 5 † I 480
XLIII, 6 ne quid in loco sacro. *tit.* II 477
l. 1 §. 1 I 350$_{50}$
— §. 3 † II 478$_{29}$
—, 7 de loc. et itin. publ. l. 1 † I 42$_{5}$ † II 3$_{4}$ 490$_{54}$
l. 3 pr. I 518$_{48}$g
—, 8 ne quid in loco publ. l. 1 † II 473$_{16}$
l. 2 pr. I 34$_{13}$ 181$_{28}$ † 356 361 † 365. 365$_{66}$ 380. 461$_{7}$ 481. 485$_{76}$ II 31$_{44}$ 479$_{34}$
— §. 2 I 41$_{4}$ † 42$_{5}$ † 54. 350$_{47}$ † II 323$_{66}$° 324$_{66}$° † 473$_{16}$
— §. 3 I 363$_{64}$
— §. 4 I 350$_{48}$ 487$_{37}$ II 352$_{40}$
— §. 6 I 30$_{69}$ 288$_{26}$ª 350$_{50}$ † 363. 364
— §. 7 I 350$_{49}$ † 352$_{52}$ 373$_{81}$° 473$_{45}$ † II 473$_{16}$
— §. 8 I 30$_{69}$ 288$_{26}$ª 350$_{50}$
— §. 9 I 373$_{81}$°
— §. 13 I 349$_{46}$ 487$_{36}$
— §. 14 I 350$_{50}$
— §. 15 I 351$_{50}$
— §. 17 I 181$_{28}$ 356 f. 361 f. 365$_{63}$ 380$_{99}$ II 31$_{44}$ † 276. 277$_{56}$ª 278 479$_{34}$ 480 bis 481$_{37}$
— §. 18 † I 357. 380$_{99}$ II 83$_{44}$ 137$_{36}$ † 260 265$_{34}$ 267 bis 271. 374$_{83}$ bis
l. 2 §. 19 I 33$_{10}$ 338$_{20}$ 380$_{99}$ † II 473$_{16}$ † 477$_{26}$
— §. 20 34$_{14}$ † I 359$_{59}$ † 373$_{81}$
— §. 24 † II 325$_{67}$
— §. 26 I 349$_{46}$ † 372
— §. 27 I 349$_{46}$ 350$_{46}$ª † 372
— §. 28 † I 46 f. 349$_{46}$ 350$_{48}$ † 372. 487$_{36}$ II 137$_{36}$ 273
— §. 29 † I 373
— §. 30 I 350$_{48}$
— §. 32 † I 367$_{72}$
— §. 33 I 349$_{46}$ † 367$_{72}$
— §. 34 I 41$_{3}$ † 45. 49. 491. 492. 526 II 147$_{52}$ 148$_{53}$
— §§. 35 sq. I 492$_{7}$
— §. 35 † I 8$_{12}$ 27$_{63}$ 34$_{14}$ † 359$_{59}$ † 366. 366$_{71}$
— §. 36 † I 359$_{59}$ 360. 360$_{60}$
— §§. 37—42 I 334$_{14}$
— §. 37 † I 334. 360. 360$_{60}$ II 390$_{13}$
— §. 38 † I 334 f. 381$_{6}$ 404$_{54}$
— §§. 39 sq. I 5$_{4}$
— §. 39 I 30$_{69}$ 288$_{26}$ª † 337 f. II 390$_{13}$ 476$_{33}$
— §. 40 II 80$_{38}$ 84$_{46}$ 281 390$_{13}$
— §. 42 I 192$_{23}$ 335 † 337 II 476$_{30}$
— §. 43 † I 197 † 198. 336 II 61$_{3}$ 84$_{46}$ 218$_{23}$ 281
— §. 44 † I 45. 49. 489$_{1}$ 490. 526 II 147$_{51}$ 148$_{53}$
— §. 45 I 27$_{63}$ 34$_{14}$ II 361$_{52}$
l. 6 † I 22$_{47}$ 28$_{63}$ 55 II 61$_{3}$
l. 7 † I 14. 261$_{59}$ª † 357. 361. 380$_{99}$ II 31$_{44}$ 91 bis † 277. 277. 479$_{34}$ 480 bis 481. 481$_{37}$
XLIII, 9 de loco publ. fruendo.
l. 1 pr. I 184$_{47}$ 191$_{16}$
— §. 1 † I 304 † II 473$_{16}$
— §. 2 † I 54
— §. 3 I 191$_{16}$ª
—, 10 de via publ. *tit.* II 325$_{67}$
l. 1 §. 2 II 278$_{69}$

XLIII, 11 de via publ. et it. publ.
l. 1 pr. I 466_{27}[d] 485_{75}
— §. 2 I 328_{41} † 351_{51} 487_{85} II 61_{3}
— §. 3 † I 42_{5} † 45. 49. 56. 492. 493. 527 II 147_{52} 148_{53} 352_{40} 490_{55}
—, 12 de flumin. l. 1 pr. I 34_{10} † 359_{59}
l. 1 §. 4 † II 31_{43}
— §. 6 II 94_{14}
— §. 12 I 30_{69} 288_{26}[a] 350_{50} † II 275 † 473_{16} 475
— §. 15 I 350_{49}
— §. 16 I 109_{34} † 473. 474_{47} 484_{74} 485_{77}
— §. 17 I 30_{69} 288_{26}[a]
— §. 18 I 30_{69}
— §. 19 † I 8_{12} 34_{20} 334_{18} † 359_{59} 474_{47}
— §. 20 † I 359_{59} 360. 360_{60}
— §. 21 I 360. 360_{60}
— §. 22 † I 334. 360. 360_{60} II 84_{46}
—, 13 ne quid in flum. l. 1 (un.) pr. I 34_{21} † 357. 357_{56} † 503_{25}[a]
l. 1 §. 2 II 31_{43}
— §. 3 I 349_{46} † 350_{46} † 351_{51}
— §. 4 I 349_{46} 352_{53}
— §. 5 I 349_{46} 350_{46}[a]
— §. 6 I 109_{35} 350_{49} † 351_{51} 459_{2} † 473. 483_{65} 487_{87} II 54_{37}
— §. 7 I 351_{50}
— §. 8 I 349_{46} † 350_{46} † 503 f.$_{25}$[b]
— §. 9 † I 42_{5} † 353. 353_{53}[a] 364. 381_{6} 389 † 481. 481 II 490_{53}
— §. 10 I 354. 381_{6} † 388. 389_{21} II 69_{17}[a]
— §. 11 I 8_{12} 34_{22} 334_{19} 353_{53}[a] 358_{56} 481 † 503_{25}[a]
— §. 12 I 261_{50}[a] † 350_{46} 353_{53}[a] 354 † 358. 360. 360_{60} 361 f. 389
— §. 13 † I 336 II 476_{21}
—, 14 ut in flum. navigare. l. un. §. 1 I 351_{50}
l. un. §. 2 II 31_{43}
l. un. §. 7 I 30_{69} 288_{26}[a] † II 304
— §. 9 I 30_{69} 288_{26}[a]
XLIII, 15 de ripa mun. l. un. pr. I 109_{36} 466_{28} 485_{75}
l. un. §. 6 I 30_{69} II 31_{43}
—, 16 de vi l. 1 pr. I $35_{25.26}$ 190_{10} 332_{7} † 520 II 39_{66} 365_{60}
l. 1 pr. §. 1 I 181_{24}
— §. 6 I 189_{15}
— §. 7 I 473_{45}
— §. 11 † I 450 II 40_{69}
— §. 12 I 332_{7} † 450 II 39_{65}
— §. 13 II 61_{3} 147_{51}
— §§. 14 sq. II 396_{33}
— §. 14 I 332_{7} II 39_{65} 390_{13}
— §. 15 † I 445 II 40_{67}
— §. 16 † I 450
— §. 17 † I 450 II 41_{68}
— §. 18 † I 451
— §. 19 † I 445 f.
— §. 20 I 30_{69} 31_{69}
— §. 22 II 39_{64}
— §. 24 † I 264_{60}
— §. 29 I 220_{71}[a]
— §§. 31—38 I 196_{10}
— §§. 31—35 I 189_{15}
— §. 35 † II 243
— §. 36 † II 243. 390_{13}
— §. 39 I 463_{33} † 504
— §§. 40—42 II 100. 135_{31}
— §. 40 † II 59. 63_{5}[a] 64_{7} 242. 243
— §. 41 II 135_{31} 147_{51} 242 f.
— §. 43 II 396_{33}
— §. 44 † I 83
— §§. 45—47 II 100 bis
— §. 48 † I 386_{26} II 365_{59}
l. 2 I 386_{25} † 387_{26} II 365_{59}
l. 3 pr. † I 387_{26} II 365_{59} 396_{33}
— §. 7 I 220_{7}[a]
— §. 10 I 332_{7} II 39_{65}
— §. 12 † I 520
— §§. 13 sq. I 181_{24} 520_{45}[a]
— §. 14 I 264_{60}
— §. 15 I 35_{27}
— §§. 15 sq. I 30_{69}
— §. 17 † I 84. 181_{24}
— §. 18 † I 387_{26} II 365_{59}
l. 4 † I 411
l. 6 II 135_{31} † 146 f.
l. 7 † I 404_{53}
l. 8 §. 1 II 135_{31}

l. 9 pr. † I 384_{18} b
— §. 1 I 189_{15} II 260_{46}
l. 11 I 205_{46} † 209 f.
l. 12 I 264_{60} 309_{14}
l. 13 † II 283 f.
l. 15 I 333_{8} a II 147_{31} † 249
l. 16 I 30_{69} II 390_{2}
l. 18 pr. I 264_{60} II 390_{18}
l. 19 II 395 f.$_{33}$

XLIII, 17 uti poss. l. 1 pr. 175_{8} a † I 185 † 218. 223 f.$_{30}$ bis 354_{59} b † 496. 497_{18} † 506 † 507. 528 II 106. 116. 177. 201. 352_{40} 506. 516_{41} bis 526_{59}
l. 1 §. 1 I 231_{95}
— §§. 2 sq. I 257_{50} 278_{12}
— §. 2 I 182_{33}
— §. 3 † II 560_{41}
— §. 4 I 5_{3} † 174. 177_{7} a † II 473 f.$_{16}$
— §. 5 † I 523_{50} II 526_{59}
— §. 6 I 5_{3} † 174. 182_{33} II 506_{24} a 512_{35} a
— §. 8 II 512_{35} a
— §. 9 II 526_{59}
l. 2 II 526_{59}
l. 3 pr. I 231_{95} † II 184. 191. 526_{59}
— §. 1 † I 277 II 482_{40}
— §. 2 † I 205. 278. 292_{34} 351_{50}
— §. 3 I 205_{46} 292_{34} 309_{14} † 313. 313_{22} 350_{50}
— §. 4 I 292_{34} 351_{50} † 374
— §. 5 I 31_{69} † 376 f.$_{37}$ 488_{58}
— §. 6 I 30_{69} † 377_{37} II 61_{3}
— §. 7 I 231_{95} 281_{18} † 310 f. 314
— §. 9 I 351_{50} † 369
— §. 11 † II 145 f. 147_{52} II 161_{12} $172_{33.34}$ 174_{38} 503. 506_{21} a 512_{35} a 516_{41} bis
l. 4 † I 285 f. II 482_{40}

—, 18 de superfic. l. 1 pr. I 5_{4} 157_{20} 182_{33} a † 280_{16} II 379_{94}
l. 1 §. 2 † I 29_{67} † 79_{99} 182_{33} a † 279 II 202 † 202_{73} 482_{40}
— §. 3 II 379_{94}
— §. 4 I 280_{15}
— §. 6 II 379_{94}
— §. 9 I 30_{69} 288_{26} a

XLIII, 19 de it. actuq. priv. l. 1 pr. I 35_{95} II 38_{59}
l. 1 §. 2 I 184_{42} † 186 f. 508_{94} II 63_{5} a † 63_{6}
— §. 3 † I 507 f. II 62_{4} 64_{9}
— §. 4 † II 38 † 238. 240. 500
— §. 8 I 159_{37}
— §§. 9 sq. I 509_{95}
— §. 9 I 237_{6} † II 45 f.
— §. 10 237_{6} † II 46. 57_{96} 119_{37}
— §. 11 I 31_{69} † 460. 464_{22} a 488_{68} II 61_{3} 310_{28}
— §. 12 I 184_{42} 271_{76}
l. 2 I 184_{42} 271_{76}
l. 3 §. 2 I 31_{69} 328_{41} † 402 f.
— §. 3 II 503. 506_{24} a 511. 512. 512_{35} a ter 516_{41}
§. 5 I 31_{69} † 205. 350_{50}
— §§. 6—10 I 30_{69} 180_{17}
— §. 6 † I 76_{92} 288_{26} a
— §. 7 † I 77_{95}
— §. 8 † I 76_{94}
— §. 9 † I 76_{93}
— §. 10 † I 77_{96}
— §. 11 I 36_{97} † 100 † 190 † 482 II 462_{28}
— §. 13 † I 100 f. 104_{21} 184_{48} † 190 II 147_{52} † 238. 310_{28}
— §. 14 † I 101 II 310_{28}
l. 4 pr. † I 209. 371_{80} II 372_{78}
— §. 1 328_{41} † 351_{51} 352_{52} 371_{80} 487_{85}
l. 5 pr. I 371_{80}
— §. 1 I 328_{41} 371_{80} 487_{85}
— §. 2 I 75_{89} 76_{91} 184_{43} † 402
— §. 3 I 31_{69}
— §. 4 I 482_{62} b

—, 20 de aq. cott. l. 1 pr. I 36_{98} † 269
l. 1 §. 1 † 184_{44} 269. 359_{59} 362_{61}
— §. 3 † I 290_{25}
— §. 4 I 187_{8}
— §. 15 † 205. 328_{41} † 351_{51} † 352 f.$_{53}$ 487_{85}
— §§. 17 sq. II 372_{78}
— §. 17 † I 205 f. 328_{41}
— §. 18 † I 206 f. 328_{41}

l. 1 §. 20 I 184_{44} 187_{8} 270_{71}
— §. 22 I 187_{8} II 61_{3}
— §. 23 I 184_{44} 187_{8} † 207. 351_{50} † II 259 f.$_{46}$
— §. 24 I 31_{69} 184_{44} 187_{8}
— §. 25 † I 207. 349_{46} 350_{50}
— §. 26 † I 286. 293 II 482_{40}
— §. 27 I 32_{70} 287 II 45_{72} 343_{34}
— §. 28 I 481_{82}
— §. 29 I 36_{39} † 74. 180_{18} 510_{36} II 340. 387_{4}
— §. 32 † I 187 † 510
— §. 33 † I 187 † 510
— §. 34 † I 187 † 510 II 61_{3} bis 64_{9}
— §. 35 I 31_{69} 288_{26}[a] 510_{36}[b] II 41_{69}[b]
— §. 36 I 31_{69} 510_{36}[b]
— §. 37 I 30_{69} 31_{69} $36_{39.40}$ † 75. $180_{17.18}$ II 387_{4}
— §. 38 I 36_{41} † 103. 184_{54}
— §. 42 II 344_{32}
— §. 43 † I 87_{20}
— §. 44 † I 103 f. 104_{22} II $310_{35.37}$
l. 3 §. 4 I 518_{45}[g]
— §. 5 I 287
l. 4 I 287
l. 7 II 263_{54} 512. 512_{35}[a] ter
XLIII, 21 de riv. l. 1 pr. I 184_{45} 466_{29} 485_{75} 510_{36}[a]
l. 1 §. 10 II 372_{78}
— §. 11 † I 207. 328_{41} 352_{52} 487_{65}
l. 3 pr. I 328_{41}
— §. 1 II 372_{78}
— §. 2 I 31_{69}
— §. 3 I 31_{69}
— §. 6 I 31_{69} † 288_{26}[a] † II 372_{79}
— §. 7 I 31_{69} † 75 f. 180_{19} 288_{26}[a]
— §. 8 I 212_{56} 352_{51} 477_{51}[b]
— §. 10 I 350_{50} 371_{80} II 372_{78}
—, 22 de fonte l. 1 pr. I 36_{48} 184_{46} 465_{27}
l. 1 §. 1 † I 207
— §. 2 † I 208. 350_{48}
— §. 5 † I 209
l. 1 §. 6 I 36_{44} 184_{46} 466_{30} 485_{75}
— §§. 6 sqq. I 76_{90}
— §. 11 † I 76. 180_{19}
XLIII, 23 de cloac. l. 1 pr. I 36_{48} † 158_{23} 182_{30} 184_{47} 468_{25} II 56_{29}
l. 1 §. 5 † II 474_{16}
— §. 7 † I 54 f.$_{27}$[a] 159_{28} 469_{55}
— § 8 I 31_{69}
— §. 9 I 31_{69} † 208 † II 44_{71} 474_{16}
— §. 13 I 212_{57} 352_{51} 477_{51}[b]
— §. 14 I 468_{25} II 56_{29}
— §. 15 I 36_{46} 192_{34} 197_{22} 334_{17} † 359_{59}
l. 2 I 31_{69} † II 43 f.$_{71}$[d] 474_{16}
—, 24 quod vi aut clam l. 1 pr. I 181_{25} 338_{21} 463_{19} 505_{28} II 65_{10}
l. 1 §. 2 I 160_{31} II 390_{13}
— §. 3 I 160_{32} † 479. 483_{66}
— §. 6 I 213_{58}
l. 2 II 396_{23}
l. 3 pr. II 39. 396_{23}
— §. 1 I 477_{53}
— §. 2 † I 477
— §. 4 † I 477 f.
— §. 10 I 23_{48}
l. 4 † I 419_{75}
l. 5 §. 1 II 32_{46}
— §. 5 † I 69_{76}
— §. 6 † I 69_{77}
— §§. 8 sq. II 366_{62}
— §. 8 † I 338. 340 † 383_{17} † 452
— §. 9 † I 383_{17}
— §. 11 † I 338 f. 340. 419_{75} † 453. 457 bis
— §. 12 † I 339. 340. 418_{74} † 419. 420. 420_{77} 423. 442
— §. 13 † I 340. 340_{28}
— §. 14 † I 339
l. 6 I 339_{25} II 390_{13}
l. 7 pr. I 198_{27} † 340 II 135_{31} 390_{13}
— §. 1 I 31_{69} 198_{27} † 444 f. II 61_{3} bis 64_{8} 135_{31}
— §. 2 II 390_{13}
— §§. 3 sq. I 483_{66}

l. 7 §. 3 † 478 II 135_{21}
— §. 4 I 71_{79} † 478 f. II 106_{28} † 139
— §. 5 II 390_{13}
— §. 6 I 198_{26}
— §. 7 I 71_{79}
— §. 8 † I 199_{28} II 316_{50}
— §§. 9 10 II 390_{13}
l. 9 §§ 2. 3 II 390_{13}
l. 11 pr. II 390_{13}
— § 1 I 48 II 390_{13}
— §. 3 II 390_{13}
— §. 4 † I 188. 189_{13} 199_{28} † 411. 420 420_{77} II 48. 147_{51}
— §. 6 I 31_{69} 68_{74} II 379_{94} 390_{13}
— §. 7 I 337_{19} † 454_{21}
— § 10 I 71_{79} II 147_{51}
— §. 12 I 71_{79} II 147_{51}
— §. 14 I 71_{79} II 140_{28}[d] 147_{51}
l. 12 † I 59_{46} II 147_{51}
l. 13 §. 1 † I 64 f. 64_{67} 70_{78} II 38_{59}[a]
— §. 2 I 66_{69} † 69 II 38_{59}[a]
— §§. 3 sq. I 71_{79}
— § 3 II 147_{51}
— § 4 II 147_{51}
— §. 5 † I 60 f.$_{54}$ † 71. 72_{83}[b] 86_{17}
— §§. 6 sq. I 339_{25}
— §. 6 † 456_{35}
— §. 7 I 198_{27} † 340 † 456 f.$_{35}$ II 135_{21} 390_{13}
l. 14 I 189_{12} 198_{27} † 199_{28} 339_{25} † 340 † 445. 452_{28} 454_{32} II 135_{21}
l. 15 pr. I 198_{27} † 339 f.
— §§. 1 sq. I 198_{26}
— § 1 I 198_{27} bis II 390_{13}
— §. 2 I 339_{25}
— §. 3 † I 383_{17} II 366_{62}
— §§. 4—6 I 490_{8} 505_{26} II 65_{10}
— §§. 4 sq. I 463_{19}
— §. 4 † I 505 f.
— §. 5 I 159_{29} † 460 † II 46
— §§. 7–9 I 71_{80}
— §§ 7 sq. II 250_{27}
— §. 7 † I 199 II 135_{21} 147_{51}
— §. 8 II 135_{21} 147_{51} 260_{40}
l. 15 §§. 9—11 II 144_{47}[b]
— §. 9 II 147_{51} † 250
— § 10 II 48_{76} 135_{21} † 250
— §. 11 II 135_{21} † 250
— § 12 † I 71_{81} II 147_{51}
l. 16 pr. I 181_{25} II 140_{28}[d] 147_{51}
— §. 1 I 48_{22} II 147_{51}
— §. 2 I 339_{27} † 341 II 135_{21}
l. 17 † I 65_{68} 70_{78} II 38_{59}[a]
l. 18 pr. II 390_{13}
l. 19 I 70_{78}
l. 20 §. 1 I 213_{58}
— §. 2 I 477_{53}
l. 21 pr. II 136_{21} † 204_{2}
— § 1 † I 454_{32} II 390_{13}
l. 22 § 2 I 198_{25} † 478. 484_{72} II 135_{21} 140_{28}[e] 147_{51}
— §. 3 II 390_{13}
— § 4 I 5_{4} 68_{74} † II 37 80_{28}
XLIII, 25 de remission. l. 1 pr. I 36_{48} 161_{25} 181_{26}
—, 26 de prec. l. 2 pr. † I 8_{12} 192_{21} 196_{15} 334_{13} II 525_{58}
l. 4 §. 2 II 390_{13}
— §. 3 I $162_{28\ 29}$ II 32_{49}
l. 6 §. 1 † I 139_{2}
— § 4 I $162_{28\ 29}$ II 32_{49}
l. 8 pr. I 184_{41} † 404 f.
— §. 1 † I 84 f.
— §. 2 † I 84 f.
— §. 3 II 313_{45}
— §§. 4—7 II 136_{21}
— §. 4 † II 59 f. 63_{5}[a] 64_{7} 135_{21} 147_{51} † 242. 247_{22}
— §. 6 † II 60. 62. 63_{5}[a] 64_{7} 245_{21}
— §. 7 † I 490 f. 527
— §. 8 † I 383_{14} 385_{19} 387_{26} II 366_{65} 390_{13}
l. 12 pr. † I 479_{58}[a]
— §. 1 † I 85 † 382_{10}
l. 13 II 390_{13}
l. 15 § 4 † I 344_{25}[b] † II 188 f. 189_{50} bis 190_{50}
l. 17 II 526_{59}
l. 18 I 184_{41}
l. 19 pr. † II 188_{48} 194_{62}
l. 22 pr. §. 1 II 390_{13}
—, 27 de arb. caed. l. 1 pr. I 37_{52} † 162_{41} 180_{20} II 375_{67}

l. 1 §. 4 I 31_{69} 158_{34} † 163_{41} 288_{26}^{a} 350_{50} II 312_{42}
— §. 7 I 37_{58} † 162_{41} 180_{20} II 375_{27}
XLIII, 28 de glande leg. l. un. pr. † I 163_{42} 180_{21}
—, 29 de hom. lib. exh. l. 1 pr. I 201_{34}^{a} 342_{24}
l. 1 §. 1 † I 57 † II 274_{62} † 294
l. 3 pr. † I 57 † II 294 f.
— § 1 † II 305
— §. 2 I 345_{39} II 390_{13}
— §. 3 I 345_{39} 306_{28} 390_{13}
— §. 4 I 345_{39}
— §. 5 I $345_{39.\ 41}$
— § 6 I 345_{39}
— §. 7 † I 110. 345_{40} II 295_{2} 301_{14}
— §. 8 † I 201 f.
— §§. 10—12 † I 57 $f._{44}$
— §. 10 I 58 II 55_{39}
— §. 11 I 42_{6} 58
— §. 12 I $43_{7.\ 8}$ 58 II 54_{38}
— § 13 I 51_{31} 52_{32} 58. 58_{44} 480_{58}^{b} II 47_{74} 53_{66} † 79. 80 84_{76} 135_{21} 149_{56} † 273 f. 274_{63} 278
— §. 14 † I 21. 23_{48} II 3_{5}
— §. 15 I 491. 526
l. 4 pr. I 345_{39}
— §. 1 I 345_{39} II 390_{13}
— §. 2 I 345_{39} II 27_{39}^{a} † 110_{40} 259_{42}
—, 30 de lib exh. l. 1 pr. I 37_{56} 101_{16} 192_{22} 201_{34}^{a} 342_{23} 347_{44}
l. 1 § 1 † I 101 II 300_{10}
— §. 2 † I 202_{36}
— §. 3 † I 480
— §. 4 I 5_{4} 102_{17} † 480 II 80_{28} † 403_{49}
l. 3 pr I 28_{64} 37_{27} 101_{16} 268_{63} II 55_{90}
— §. 1 I 61_{55} † 101. 268_{66} II 306 $f._{24}$
— §. 3 I 345_{39}^{b} 346_{42}^{a}
— § 4 † I 103 II 55 $f._{30}$ 307
— §. 5 † I 101 $f._{17}$ 345_{38}^{b}
— § 6 † II 56_{91}
l. 5 † I 345_{42} 346_{42}^{a} 347_{42}^{a} II 61_{8} 300_{10}
—, 31 utrubi l. 1 (un.) II 189_{50}
—, 32 de migr. l. 1 pr. I 182_{22}
l. 1 §§. 1 sq. I 6_{8} II 487_{46}
— §. 1 † II 380. 463_{60}
— §. 2 † I 10_{21} II 278_{70} † 380. 463. 488_{51} 519_{48} ter
— §. 3 I 31_{69} 288_{26}^{a}
— § 4 I 350_{50} II 61_{3}
— §. 5 I 165_{45} 166_{65}^{a}
— §. 6 † I 87_{21} † 391 † 492 495 II 66_{14} 352_{40}
XLIII, 33 de Salv. interd. l. 1 pr. I 166_{48}
l. 1 §. 1 I 166_{48} 176_{7} 181_{22} 291. 292
l. 2 I 166_{47} f. 291. 292
XLIV, 1 de except. l. 13 I 483_{63}
l. 14 I 483_{63}
l. 16 I 483_{63}
l. 18 I 483_{63}
—, 2 de exc. rei iud. l. 1 † II 290_{94}
l. 2 I 486_{61}
l. 9 §. 2 I 486_{62} II 222_{39}
l. 11 §. 3 I 483_{63}
l. 14 § 3 † II 240_{12}^{a}
—, 3 de div. temp. praescr. l. 1 I 505_{29}
l. 11 † I 382_{21}
—, 4 de dol. m. exc. l. 4 §. 17 I 414 $f._{71}$
l. 4 §. 23 I 413_{70}
l. 5 §. 2 I 483_{63}
l. 8 pr. II 497_{13}
l. 17 §. 2 II 58_{99}
—, 6 de litig. l. 2 † I 455_{32}
—, 7 de O. et A. l 3 §. 5 I 5_{4}
l. 9 † I 64. $66_{69.\ 71}$ 70_{75} bis II 38_{59}^{a} 67
l. 15 I 48_{69}
l. 35 pr. I 5_{4} † 387_{26} † 524. 524_{55} 526
— § 1 I 413_{69}
l. 37 pr. I 5_{4}
— §. 1 I 5_{4} † 277_{10}^{a} II 482_{40}
l. 52 §. 6 † II 389. 390_{14} 393
XLV, 1 de V. O. l. 1 §. 3 II 141_{45}
l. 4 §. 1 II 89_{4}
l. 38 pr. II 69_{16}
l. 49 pr. I 415_{71}
l. 52 pr. I 472_{44} † II 111_{42}^{a}
l. 71 II 89_{4}
l. 75 §. 4 II 163_{14}^{a}
— §. 9 II 163_{14}^{a}

l. 82 §. 2 I 177_{9}
l. 85 §. 3 II 89_{4}
l. 91 §. 3 † II 245_{20}
— §. 5 I 414_{71}
l. 115 pr. II 106_{84}
l. 126 §. 2 † I 437 f.$_{100}$
l. 137 §. 7 II 89_{4}
XLV, 2 de duob. reis l. 18 I 414_{71}
—, 3 de stip. serv. l. 18 §. 1 II 141_{45}
XLVI, 1 de fideiuss. l. 21 pr. † I 130_{72} 132. 133_{82}
l. 28 I 484_{69}
l. 36 II 122_{4}
l. 39 II 122_{4}
l. 41 §. 1 II 122_{4}
l. 55 §. 3 † I 51_{28}
—, 2 de novat. l. 29 II 62_{5}
—, 3 de solut. l. 40 I 32_{70} 156_{12} 302_{7},[b] 397_{46}[a] † II 43_{71}[c] 344_{28}
l. 95 §. 11 II 122_{4}
—, 4 de acceptil. l. 18 §. 1 I 336_{13}
—, 5 de stip. praet. l. 1 §. 10 I 472_{44} † II 111_{42}[a]
l. 2 §. 2 II 71_{22}
—, 7 iud. solvi l. 3 pr. I 24 † 24_{53}
l. 8 I 25 † 25_{58}
l. 13 §. 1 I 25_{59}
l. 19 §. 2 II 76_{33}
l. 20 I 24 † 24_{54} 25_{59}
XLVII, 1 de priv. del. l. 3 † II 560_{41}
—, 2 de furt. l. 9 §. 1 II 28_{42}
l. 14 §. 11 † II 62. 63_{5}[a] 64_{7} † 245
l. 29 II 376_{88}
l. 38 II 148_{57}[a]
l. 52 §. 2 II 390_{13}
—, 3 de tigno iuncto l. 1 §. 2 II 376_{88}
—, 8 vi bon. l. 2 §. 1 II 291_{5} $292_{97.98}$ 557_{37}
l. 3 II 65_{10}
l. 4 pr. II 65_{10}
— §. 8 II 65_{10}
—, de incend. l. 1 pr. II 65_{10}
l. 3 §. 7 II 142
l. 7 II 62_{5}
—, 10 de iniur. l. 1 §. 6 I 72_{88}[c]
l. 4 II 332_{85}
l. 5 §. 8 II 287_{89}[a]
l. 7 §. 1 II 290_{94} 291_{95} †$_{96}$ † 292 f. 294_{1} 557_{37}
l. 13 §. 7 II 362_{54}
l. 14 I 30_{69} 44_{4} † 205. 288_{36}[a] 359_{50}
l. 15 §. 25 II 89_{4}
l. 17 §. 10 I 67_{71}[a]
— §. 12 † I 67
— §. 13 † I 67_{72}
— §. 14 I 68_{74}
— §. 22 I 68_{74}
l. 35 II 548
XLVII, 12 de sepulchro viol. l. 3 pr. † I 43_{8}
— §. 9 II 323_{66}[c] 324_{66}[c]
— §. 10 I 51_{30} II 80_{37}[a]
— §. 12 II 323_{66}[c] 324_{66}[c]
—, 14 de abig. l. 1 §. 4 † II 560_{41}
—, 15 de praevar. l. 3 §. 1 II 81_{40}
—, 17 de fur. baln. l. 2 II 560_{41}
—, 23 de pop. act. l. 1 † I 40 f.$_{2}$
l. 2 † I 43_{7} II 54_{28}
l. 3 pr. † I 51_{30}
— §. 1 † I 43_{8}
l. 4 † I 42_{6}
l. 5 † I 27_{61}
l. 6 † I 42_{6} II 324_{66}[c]
l. 7 pr. I 50_{27}
— §. 1 † I 27_{62}
l. 8 † I 526
XLVIII, 1 de publ. iud. l. 4 † II 291. 557_{37}
—, 2 de accus. l. 3 §. 4 II 81_{39}
l. 8 sqq. I 42 f.$_{6}$
l. 11 §. 2 † II 81_{39} 82_{42}
l. 15 II 292_{97}
—, 5 ad leg. Jul. de adult. l. 2 §. 4 II 288_{90}
l. 2 §. 7 II 288_{90}
l. 12 §. 3 II 285_{85}
l. 16 (15) §. 7 II 288_{90}
l. 18 (17) II 141_{41}
—, 7 ad leg. Jul. de vi priv. l. 1 pr. II 289_{93}
—, 16 ad Sc. Turpill. l. 1 §§. 7. 9. 10. 14 II 81_{39}
l. 4 pr. II 81_{39}
l. 6 pr. §§. 1 sq. II 81_{39}
l. 10 pr. II 81_{39}
l. 13. 14 II 81_{39}
l. 15 pr. §§. 3. 4. 5 II 81_{39}
—, 19 de poen. l. 38 §. 10 † II 538. 540. 533
XLIX, 1 de app. l. 1 §. 1 II 443_{54}
l. 21 §. 3 II 443_{53}
—, 2 a quib. app. l. 2 II 546_{16}[c]
—, 3 quis a quo app. l. 1 pr. II 546_{16}[c]

l. 3 546_{16} c
XLIX, 4 quando app. l. 3 II 443_{34}
—, 5 de app. recip. l. 7 pr. II 457_{78}
l. 7 §. 1 II 392_{23}
—, 14 de J. F. l. 1 §. 2 I 126_{64} a
l. 49 I 141_{91}
L, 1 ad munic. l. 26 pr. † I 9_{16}
l. 26 §. 1 I 16_{21} † 17_{23}
—, 8 de adm. rer. ad civ. pertin. l. 5 §. 1 (l. 3 §. 2) I 412_{69}
—, 9 de decret. ab ord. l. 6 II 89_4
—, 10 de op. publ. l. 2 §. 2 I 4_2 b † 12_{26}
—, 13 de extraord. cogn. l. 1 II 549_{24}
l. 1 §. 9 II 549_{24}
— §. 14 II 549
—, 16 de V. S. l. 6 §. 1 † II 92_9
l. 7 † II 101_{25}
l. 12 pr. † I 27_{62} 51_{29}
l. 22 I 202_{28} † II 258
l. 63 † I 343
l. 67 §. 1 II 141_{45}
l. 81 † I 199 f.
l. 122 II 208_7 a
l. 131 §. 1 II 222_{29}
l. 156 † I 502_{24}
l. 178 pr. II 208_7 a
l. 195 §. 3 † I 451
l. 198 II 548
l. 199 II 549
l. 246 pr. II 252 † 252_{33}
— §. 1 † II 252
—, 17 de R. J. l. 38 † I 384_{18} a
l. 58 II 222_{29}
l. 94 II 222_{29}
l. 102 pr. I 15_{29} † II 93 bis
l. 111 §. 1 II 222_{29}
l. 121 II 89_4
l. 131 II 73 † 73_{30} b
l. 152 §§. 1 sq. I 332_7 II 39_{65}
l. 155 §. 1 † I 263 f.$_{59}$ b
l. 157 pr. † I 454_{21}
— §. 1 I 192_{34} 300_5 † 337. 337_{19} II 249_{29} 476_{23}
l. 169 pr. † I 454_{21}
l. 173 §. 1 † II 251 f. 252_{21}
— §. 3 II 497_{12}
l. 198 † I 411

Institutiones

I, 10 de nupt. §. 12 II 89_4
—, 20 de Atil. tut. §. 3 II 546_{17} 550_{24} c
I, 23 de curat. §. 6 (ult.) I 414_{71}
II, 6 de usuc. §. 13 II 173_{25}
—, 8 quib. alien. §. 2 II 376_{28}
—, 23 de fideic. hered. §. 1 I 4_2 b † 12_{26}
III, 15 de V. O. §. 7 II 89_4
—, 18 de divis. stip. §. 1 II 262 f.$_{21}$ bis
—, 29 quib. mod. obl. toll. §. 2 I 336_{18}
IV, 6 de act. §. 7 † II 137 f.$_{27}$
§. 11 II 10_{11}
§. 31 II 160_{20} † 281
§. 33 II 29_{42}
§. 33 a † II 30_{42}
—, 8 de nox. act. §. 7 I 446_{12}
—, 11 de satisd. §. 2 II 540_8
—, 12 de perp. et temp. act. §. 1 II 223_{30}
—, 13 de except. §. 11 I 43_6
—, 14 de replic. §. 4 I 485
—, 15 de interd. *tit.* II 462 pr. II 303_{18} † 408 † 460_{39} † 472 f.$_{18}$
§. 1 I 20_{41} 37_{58} † $62_{56.60}$ 172_1 a i. f. † 194 init. † 194. 355 † II 302_{18} 472 f. 503
§. 2 I 172 † 172 f.$_3$
§. 3 I 166_{45} 179_{12} 181_{22}
§§. 4 sq. I 182_{33}
§. 4 I 257_{50} 278_{12}
§. 4 a † II 417 f. 526_{59}
§. 6 I 175_6 a 181_{24}
§. 7 † I 272 f. II 482_{40}
§. 8 II 210_8 † 408. 417_{19} 460 † 464. 465. 465_3
—, 17 de off. iud. §§. 2 sq. II 28_{41}
§ 2 II 28_{42}
§ 3 II 28_{42}

Novellae

XC, c. 5 II 287_{39}
CXII, c. 1 II 170_{30}

Lex Acilia

lin. 21 II 82_{42}

Lex coloniae Juliae Genetivae s. Ursonensis.

c. LXI. tab. I col. 3 v. 6 I 216_{66}
c. LXXIV. LXXV. LXXXI. XCII. XCIII. I 97_{10}
c. XCIV. I 8

c. XCV. tab. III col. 2 v. 4 sq. † II 235_{2}
c. C. II 344_{32}
c. CIV. I 97_{10}
c. CXXV. I 8. 97_{10}
c. CXXVI. I 97_{10}
c. CXXVIII. I 8. 97_{10}
c. CXXIX. CXXX. CXXXI. CXXXII. I 97_{10}

Lex Malacitana
c. LVIII. LXII. LXVII. I 97_{10}[a]

Lex Mamilia
c. LV † II 234_{2}

Lex Rubria
c. XIX. † I 470. 487 II 94_{14}
c. XX. v. 23. 24. 29. 30. 33 I 167_{31}
c. XXI. I 8 f. II 10_{16}
— lin. 13 sq. II 117_{49} 232
c. XXII. II 15_{24}[c] 18. 117.
v. 31 I 7
v. 32 I 8
v. 34 sqq. † II 70. 117_{46}
v. 34 sq. I 8 † II 231. 232
v. 35 I 7
v. 39 I 7
v. 45–53 I 269_{55}
v. 45 sqq. † II 70. 117_{50}

Lex Ursonensis s. Lex coloniae Juliae Genetivae

Livius
III, 24 † II 341_{14}
XXV, 1 † II 339 f.
XL, 17 I 231

Paulus receptae sententiae
I, 17, 3 II 539_{4}
III, 2, 1 I 63_{22}
IV, 7, 6 † I 498. 528 II 79_{37} 115
V, 5a, 1 † I 12_{26}
V, 6, 1 I 182_{22} 231_{31} II 63_{5}[a] † [c]
—, 2 II 278_{69} † 361 † 363_{37}
—, 3 I 31_{69} † 450 f.[24]
—, 4 I 220_{71}[a]
—, 7 I 175_{6}[a] 352_{51} 487_{55}
—, 12 † I 382_{12}
—, 13 I 158_{24} † 162 f.[41] II 312_{42}
—, 14 † I 57 † II 295
— 9, 1 I 25 † 25_{37}
— 15, 3 II 428_{37}
V, 16, 2 II 546 † 546_{17}
— 21A, 17 † I 12_{26}
— 22, 3. 4 II 539_{4}
— 26, 4 I 12_{26}
— 28 † II 538. 553

Phaedrus fabulae
V, 3, 2 II 332_{55}

Plautus
Amphit. II, 2, 232 (v. 852) II 332_{56}
Asin. III, 2, 66 (v. 551) † II 332_{14}
Bacch. II, 3, 37 (v. 270 sqq.) † II 275 † 275_{65}[c]
Capt. III, 1, 34 sq. (v. 494 sq.) II 332_{56}
Poen. III, 4, 3 sq. (v. 713 sq.) † II 331
V, 5, 55 sq. (v. 1336 sq.) † II 330
V, 6, 14 sq. (v. 1350 sq.) † II 331
Stich. IV, 4, 14 (v. 700) I 231_{95} † II 337
— V, 4, 43 (v. 723) II 332_{56}
— V, 5, 9 (v. 750) † II 338_{2}
Trucul. IV, 3, 70 (v. 844) II 332_{56}

Plinius
epistolae III, 9, 30 I 97 f.[10] † II 81_{40}
ad Traian. 104 (= epp. X, 105) II 308_{28}
panegyricus c. 36 II 546

Quintilianus institutiones oratoriae
III, 6, 71 II 61_{2}
—, 10, 1 † II 126. 152
V, 6, 2. 3 II 544_{14}
—, 7, 9 II 286_{88}
VI, 3, 83 II 332_{55}
VII, 5, 3 † II 107_{36} 126_{15}
IX, 2, 95 † II 544_{13}
—, 3, 22 † II 91_{7}

Reichs-Civilproceßordnung
Einführungsgesetz §. 16 unter 4 II 502
§. 239 II 516
§. 678 Abs. 3 II 522
§. 773 II 522
§. 775 II 515 † 515_{40} 522
§. 777 † II 521 f.
§. 800 Abs. 2 II 501_{10}

§. 801 II 501_{19}
§. 815 II 501_{19}
§. 816 pr. 2 II 501_{19}

Senatus consultum de Bacchanalibus
v. 24 sq. † II 340

M. Annaeus Seneca controvers. lib. III praef. (ed. Bursian lib. VII praef. §. 8) † II 543 f.$_{18}$

Spartianus Piscennius Niger c. 2 † I 5_4

Suetonius

Claudius c. 23 II 550_{24}[a]
de rhetor. 6 † II 544_{13}

Symmachus relationes (= epistolae lib. X).

Rel. 16 (epp. X, 29 al. 36) † II 449
— 28 (epp. X, 41 al. 48) I 7_9 † II 427 ff. 446. 446_{60} 447
§. 1 II 456
§. 10 II 456
— 33 (epp. X, 46 al. 53) † II 440 f.$_{50}$
— 38 (epp. X, 51 al. 58) II 440. 444 † 444 f.$_{56}$

Tacitus Germania
c. XI † I 244_{17}

Terentius

Eunuch. II, 2, 125 I 244_{17}
— II, 3, 27 sq. † II 338_3
Heautontim. IV, 1, 10 sq. II 89_4

Theodosius II Codex

I, 6 de off. praef. urbi l. 7 I 19_{39}
II, 1 de iurisd. l. 8 I 13_{26}
l. 8 §. 1 sq. † I 16 f.$_{22}$
— § 1 II 237_7 438_{46} † 453_{69} bis 458_{80}
—, 3 de om. act. impetr. l. 1 † II $419_{23.\ 25}$ bis 459_{86}
—, 4 de denunt. l. 5 II 237_7 † 452
l. 6 II 237_7 409_3 438_{46} † 454. 458
IV, 10 de libert. l. 2 II, 428_{87}
—, 21 quor. bon. l. un. † I 81 f. 112_{40}[c]
l. un. §. 1 I 82_5
— §. 2 I 82_5 II 237_7 409_3 451_{66}[c] 456. 457_{76}
IV, 22 unde vi l. 1 † I 13_{26} II 237_7 409_4 † 423 f.$_{30}$ † 425_{33} 432_{40}[a] 438_{46} 455. 457_{77}
l. 2 II 237_7 432_{40}[a] † 435_{44} † 447. 447_{62} † 453_{69} bis
l. 4 II 237_7 438_{46} † 453_{69} bis † 455
l. 5 pr. † II 447. 447_{62}
l. 6 II 410_4 438_{46} 457_{77}
—, 23 utrubi l. 1 (un.) II 237_7 † 439 † 454. 458_{82}
VI, 22 de honor. codicill. l. 1 II 334_{89}
VII, 2 qui prob. deb. l. 1 II 334_{89}
IX, 6 ne praeter crim. maiest. l. 4 II 428_{87}
—, 10 ad leg. Jul. de vi publ. l. 3 II 288_{90} † 453_{69} bis 458_{81}
—, 19 ad leg. Cornel. de fals. l. 2 §. 2 † II 461_{91}[a]
—, 20 victum civil. *Rubr.* II 286
l. un. II 284_{82}
— pr. † II 292
XI, 36 quor. app. l. 22 I 112_{40}[b] II 237_7 351_{38} 409_3 442_{51}[bb] † 455 f.$_{72}$
l. 26 II 443_{89}
—, 37 si de mom. fuerit app. l. 1 II 438_{46} 439 † 446_{58}. 456. 457_{77}
XV, 14 de infirm. his, quae sub tyr. l. 9 II 409_3 425. 426. 426_{33}[a] † II 553_{31}

Interpretatio ad Cod. Theod.

ad II, 1 de iurisd. l. 8 §§. 1 sq. I 17_{22}
ad IV, 21 quor. bon. l. un. I 82_4[bb]
—, 22 unde vi l. 1 † II 410_4
— l. 2 † II 435_{44}
— l. 6 † II 410_4
—, 23 utrubi l. un. † II 454_{70}

Theophilus paraphrasis graeca institutionum.

ad IV, 15 de interd. pr. † I 20_{41} † 29_{65}[a] † II 321_{64}[b]
§. 1 † I 20_{41} † 194 † 209 † 355. $379_{97.\ 98}$ † II 8_5 † 412 † 414. 473_{15}[a]
§. 8 I 179_{12} 181_{22}

§§. 4 sq. I 182_{33}
§. 6 I 181_{24}
§. 7 † I 273 f.

Ulpianus
Instit. fragm. Vindob. (Endlicher)

§. 4 (Kr.) I 33_{3} 35_{32} † 93_{4} $183_{24 \cdot 25}$ $333_{11 \cdot 12}$ † 406_{61}
§. 5 (Kr.) † II 87 † 112_{43} 140_{38}[c] 204 † 222

Liber singularis regularum
fragm. XI, 20 † II 550
XI, 24 † II 550
XXIII, 16 I 98_{10}[b]
XXVII, 2 sq. I 63_{62}
XXVIII, 3 I 98_{10}[b]
XXVIII, 12 I 123

Valerius Probus de notis iuris (ed. Krueger)

Nr. 8 † II 234 f.[2]
Nr. 64. 65 II 229 † 229_{42}[b]
Nr. 66—69 II 229 † 229_{42}[c]
Nr. 70 † I 8_{11} † II 229

Varro

de lingua Lat. VI, 29 I 244_{17}
de re rust. II, 5, 1 I 244_{17}

Vaticana fragmenta

§. 49 II 125_{8}[a]
§. 52 II 141_{45}
§. 90 † I 8_{18} † 29_{67} 30_{69} 35_{21} 191_{19} † 283_{21} 302_{7}[b] † II 42_{70}
§. 91 † I 29_{67}
§. 92 I 30_{67} 35_{22} 183_{36} $196_{9 \cdot 14}$
§. 124 II 141_{44}
§. 293 II 338_{3}
§. 310 II 339_{6}
§. 311 II 338_{3}
§. 312 I 490_{4} † 519 f. II 365_{60}
§. 313 I 4_{2}[b] † 12 f.[26]

Velleius Paterculus

II, 28 I 244_{17}

Berichtigungen und Zusätze.

Thl. 1 (vgl. Thl. 1 S. XXIV).

S. 13 N. 26a Z. 4 v. o. ist hinzuzufügen: l. 6 Cod. de pact. i. e. et v. 4, 54.
S. 32 N. 70 Z. 2 v. o. l. N. 91 st. N. 71.
S. 50 N. 27 Z. 7 v. o. l. l. 7 pr. st. l. 7.
S. 69 Z. 3 des Textes v. u. l. ein st. eine.
S. 148 N. 97 Z. 1 v. unten ist hinzuzufügen: Vgl. auch l. 24 med. D. dep. 16, 3 (nam).
S. 149 N. 98a ist hinzuzufügen: l. 16 §. 1 D. de inoff. test. 5, 2 (Papin.). S. auch l. 61 D. de A. v. O. H. 29, 2 (Macer von der missio in bona).
S. 169 N. 51b Z. 5 v. o. l. 42, 7 st. 42, 5
S. 199 Z. 1 v. o. l. D. quod vi aut clam st. eod.
S. 216 N. 66 Z. 4 v. o. l. faciet st. dicit.
Das. Z. 2 v. u. l. Exner st. Bruns.
S. 231 N. 95 Z. 1 v. u. l. IV st. V.
S. 336 N. 18 Z. 7 v. o. und Z. 7 v. u. l. §. 2 st. §. 3.
S. 340 Z. 13 v. u. l. L. 14 st. L. 14 pr.
S. 344 N. 35b Z. 5 v. o. l. L. 15 §. 4 st. L. 15.
S. 384 N. 18 b Z. 1 v. o. l. 9 pr. st. l. 9.
S. 439 N. 2 Z. 8 v. u. l. 4, 27 st. 2, 47.
S. 464 N. 23 Z. 12 v. o. l. 22, 63 st. 22, 69.
S. 467 Z. 1 und 2 des Textes v. u. l.: Das Interdict kann gar nicht eher und nur solange wirksam erlassen werden, als u. s. w. st.: Das Klagrecht aus dem Interdicte ist gar nicht eher vorhanden und besteht nur solange, als u. s. w.
S. 467 f. N. 34a muß heißen: Auf Grund dieser Thatsache bekämpft Pfersche Interdicte S. 147 die herrschende Ansicht, welche zur Passivlegitimation für ein prohibitorisches Interdict eine vorangehende Verletzung nicht erfordert, mit der Behauptung, nach ihr sei die praktische Bedeutung der in l. 20 §§. 14 sq. D. de O. N. N. 39, 1 getroffenen Entscheidungen über die Erfolglosigkeit des interdictum Ne vis fiat aedificanti unerfindlich. Aber ist es in der That ohne Bedeutung, daß das ertheilte Interdict gegen Verhinderung am Bauen nicht schützt, wenn die Voraussetzung seiner verbindlichen Kraft (nämlich de ea re satisdatum esse, quod eius cautum sit, aut per eum, cui nuntiatum est, non stare, quo minus satisdetur) zwar früher einmal vorhanden gewesen ist, jedoch im Augenblicke seines Erlasses nicht mehr vorhanden war?
S. 472 N. 44 Z. 7 v. u. l. l. 52 pr. st. l. 52.
S. 473 Z. 8 des Textes v. u. l. §. 6 st. §. 16.
S. 486 N. 81 l. pact. dot. st. part. dol.

S. 510 N. 36 l. 43, 20 st. 43, 24.
Das. N. 36a l. 43, 21 st. 43, 25.
S. 513 Z. 1 des Textes v. u. l. das interdictum de tabulis exhibendis st. das Quod legatorum, de tabulis exhibendis.

Thl. 2.

S. 13 Z. 16 v. o. l. restituendam st. restituandam.
S. 24 N. 34 Z. 3 v. u. l. 28, 80 st. 24, 80.
S. 39 N. 66 l. L. 1 pr. D. de vi 43, 16 st. L. 1 pr. eod.
S. 53 Z. 1 des Textes v. u. l. Inhalt st. Gehalt.
S. 55 Z. 1 des Textes v. o. l. Impetrant st. Impetrat.
S. 89 N. 4 Z. 6 v. o. l. 2, 4 st. 2, 7.
S. 106 N. 34 Z. 1 v. o. l. 2, 10 st. 2, 11.
S. 137 N. 36 Z. 2 v. o. l. D. ne quid in loco publ. 43, 8 st. eod.
S. 191 Z. 12 des Textes v. o. l. l. 3 pr. st. l. 3 §. 5.
S. 223 N. 32 Z. 1 v. u. l. agn. st. aqu.
S. 247 N. 22 Z. 5 v. u. l. accipiebatur st. accipiabatur.
Das. Z. 4 v. u. l. aed. st. act.
S. 256 Z. 11 des Textes v. o. l. veranschaulichen st. verauschaulichen.
S. 278 N. 69 Z. 1 v. u. l. per. et commod. st. per. commod.
S. 287 N. 89 Z. 2 v. u. l. 4, 20 st. 4, 21.
S. 300 N. 10 Z. 1 v. o. l. 43, 30 st. 43, 20.
S. 317 N. 54 Z. 1 v. o. l. 36, 4 st. 36, 3.
S. 332 N. 86 Z. 2 v. o. l. v. 723 st. 723 sq.
S. 344 N. 27 Z. 2 v. o. l. ex c. st. exc.
S. 352 N. 51 Z. 5 v. o. l. l. 1 §. 13 st. l. 1 §. 23.
S. 372 N. 78 Z. 2 v. o. l. 13, 36 st. 13, 26.
Das. Z. 1 v. u. l. l. 4 pr. st. l. 4.
S. 376 N. 88 Z. 2 v. u. l. crim. st. cum.
S. 410 N. 4 Z. 4 v. o. l. 3, 6 st. 3, 16.

zwischen Theorie und Praxis vermitteln und auf diese Weise anregend und fruchtbringend wirken. Es ist nothwendig, dass die Grundsätze des internationalen Rechts auch mehr und mehr in der Praxis sich einbürgern und fortgebildet werden. In diesem Sinne soll die Zeitschrift, welche **in zweimonatlichen Zwischenräumen** erscheinen wird, bringen:

1) **selbständige wissenschaftliche Abhandlungen,**
2) **Mittheilung von wichtigen Entscheidungen der höheren und namentlich der obersten Gerichtshöfe aller Kulturländer,**
3) **Mittheilungen aus der Gesetzgebung der einzelnen Länder, ferner über wichtige Verordnungen, Erlasse der obersten Justizstellen u. dgl.,**
4) **Mittheilung und Erörterung der internationalen Staatsverträge privat- und strafrechtlichen Inhalts,**
5) **Literaturberichte.**

Innerhalb dieses Rahmens soll die Zeitschrift das bürgerliche, wie das Strafrecht, den Zivil- und den Strafprozess umfassen; auf die für den gegenseitigen Rechtsverkehr besonders wichtigen Vorschriften über Rechtshülfe, sowohl in Deutschland als gegenüber dem Auslande, soll besonders Bedacht genommen und auch sonst Alles in den Kreis der Erörterung gezogen werden, was für die Rechtsbeziehungen zwischen In- und Ausland von Bedeutung ist.

Der Unterzeichnete ist sich der Schwierigkeit des neuen Unternehmens wohl bewusst, fand aber besondere Ermuthigung und Bestärkung in der Hoffnung eines gedeihlichen Erfolges darin, dass bereits eine namhafte Anzahl hochangesehener Männer der Wissenschaft und der Praxis thatkräftige Unterstützung durch literarische Beiträge gütigst zugesagt haben.

Der Unterzeichnete nimmt auch hier Anlass, für die so sehr freundliche Bereitwilligkeit zur Förderung des neuen Unternehmens verbindlichst zu danken und seine Bitte um gütige Mithülfe zu wiederholen. Er gestattet sich zugleich, auch an alle diejenigen Männer der Wissenschaft und Praxis, an welche er wegen Kürze der Zeit nicht mehr brieflich sich hat wenden können und welche geneigt sind, das Unternehmen thätig zu unterstützen, die Bitte, als Mitarbeiter bei der Zeitschrift sich betheiligen zu wollen. Insbesondere ergeht diese Bitte an **alle Herren Berufsgenossen, der Gerichte aller Instanzen, die Herren Staatsanwälte, sowie die Herren Rechtsanwälte und Notare**, welche vielfach in der Lage sein werden, durch Mittheilung interessanter Fälle aus der Praxis werthvolle Beiträge beisteuern zu können. — Das Honorar für die Beiträge der Herren Mitarbeiter beträgt vorbehaltlich besonderer Vereinbarung in einzelnen Fällen per Bogen für selbständige Abhandlungen M. 45 — bis M. 60 —, für blosse Mittheilung von Urtheilen etc. M. 35 — bis M. 40.

Bei thatkräftigem Zusammenwirken der Wissenschaft und der Praxis wird es gelingen, die Zeitschrift auf die der Wichtigkeit des Gegenstandes entsprechende Höhe zu bringen und das vorgesetzte Ziel, die Wissenschaft fördernd und für die Rechtsanwendung nutzbringend und gedeihlich zu wirken, erreichen zu können.

Und so empfiehlt der Unterzeichnete in Verein mit der Verlagsbuchhandlung das Unternehmen angelegentlichst dem Wohlwollen der gesammten Juristenwelt des In- und Auslandes und erlauben sich dieselben hiermit zum Abonnement auf diese Zeitschrift ergebenst einzuladen.

Nürnberg.

Ferdinand Böhm,
Oberlandesgerichtsrath.

Erlangen.

Palm & Enke,
Verlagsbuchhandlung.

BESTELLSCHEIN.

Unterzeichneter bestellt hiermit bei der Buchhandlung von:

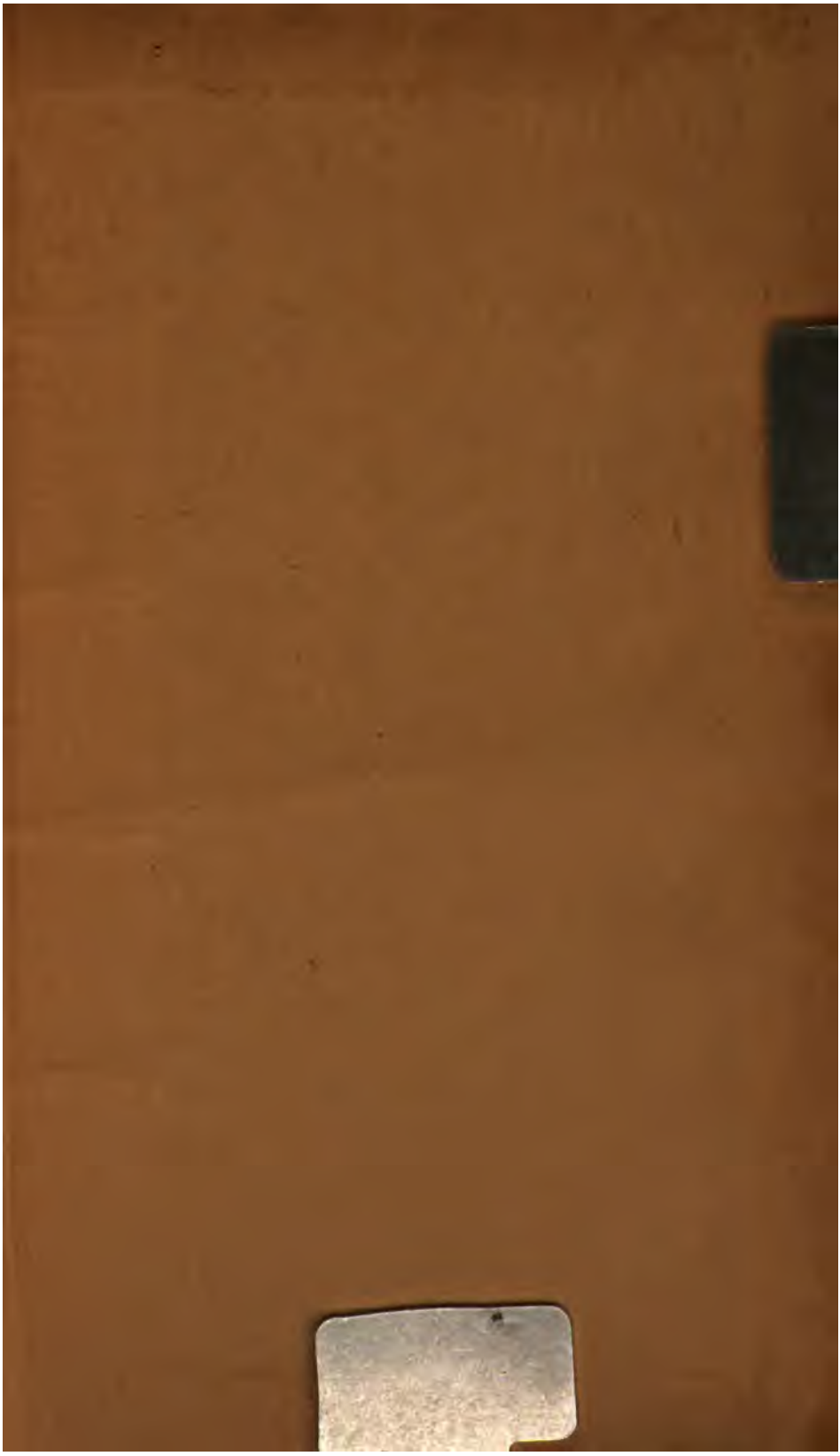
.....

Zeitschrift für Internationales Privat- und Strafrecht mit besonderer Berücksichtigung der Rechtshülfe. Begründet und herausgegeben von **Ferdinand Böhm**, Oberlandesgerichtsrath am kgl. Oberlandesgerichte Nürnberg.

Erster Jahrg., Heft 1 pro 1/6 (compl.), Preis M. 12 —.

(Verlag von Palm & Enke in Erlangen.)

Ort: Unterschrift:

.....

(Es wird um deutliche Angaben gebeten.)